

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.  
Strafrecht und Strafprozessrecht  
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-  
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof.

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-

tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph

Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-

furt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,

LL.M. (Univ. Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz

Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr.

Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),

(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm

Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.

Hans Kudlich (Univ. Erlangen-

Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer,

LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo

Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr.

Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr.

Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsam-

bikakis & Partner, Köln); Prof. Dr.

Frank Saliger (LMU München); RA Dr.

Hellen Schilling, (Frankfurt a.M.);

Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ.

Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke

(Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang

Wohlers (Univ. Basel)

## Publikationen

RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München – **Ist § 275 Abs. 2 S. 2 StPO verfas-**  
**sungswidrig?** S. 500

Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M., Ludwigsburg – **Die Strafvorschrift des § 105**  
**SGB VIII – Fehlleistung des Gesetzgebers** S. 505

RA (Polen) Dr. Marcin Byczyk, Posen – **Zum Begriff des fairen Verfahrens**  
**und der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 6 I, Art. 8 I, II EMRK**  
**bei unrechtmäßiger Durchsuchung** Anm. zur Entscheidung des EGMR im  
Fall Prade S. 509

## Entscheidungen

BVerfG **Einstweilige Anordnung gegen beschränkte Bildberichter-**  
**stattung**

BVerfG **Überprüfung der Begründung eines EU-Haftbefehls**

BGHSt **Kein rechtfertigender Notstand beim Umgang mit unerlaub-**  
**ten Betäubungsmitteln**

BGHSt **Gefährdung des Straßenverkehrs durch falsches Überholen**

BGHR **Keine ausschließliche Beweiskraft des Protokolls hinsicht-**  
**lich der Gelegenheit des Angeklagten zur Äußerung**

BGHR **Verstoß gegen Unschuldsvermutung durch Berichterstattung**

BGH **Unmittelbarkeit des Betrugsschadens**

Die Ausgabe umfasst 117 Entscheidungen.

# HRRS

Onlinezeitschrift für **Höchstrichterliche  
Rechtsprechung zum Strafrecht**  
<http://www.hrr-strafrecht.de>

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
gerhard.strate@strate.net

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede  
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Hamburg); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (LMU München); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

17. Jahrgang, November 2016, Ausgabe

11

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

### **994. BVerfG 1 BvR 2022/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. September 2016 (OLG München)**

Einstweilige Anordnung gegen eine sitzungspolizeiliche Verfügung (Beschränkung der Bildberichterstattung; Presse- und Rundfunkfreiheit; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Ermessensausübung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Ablehnung des Betroffenen kein ausreichender Grund für ein Aufnahmeverbot; Anonymisierungsanordnung als milderes Mittel gegenüber einem Aufnahmeverbot; Informationsinteresse der Öffentlichkeit auch bezüglich der Mitglieder des Spruchkörpers; unverhältnismäßige Beschränkung von Aufnahmen der Mitglieder des Spruchkörpers auf die Zeit vor Aufruf der Sache; Vorrang der „Pool-Lösung“; Fol-

genabwägung bei Anonymisierungsanordnung; Überwiegen der Interessen des Angeklagten).

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 176 GVG

1. Beim Erlass einer sitzungspolizeilichen Anordnung, welche Bildaufnahmen am Rande der Hauptverhandlung untersagt oder Beschränkungen unterwirft, hat der Vorsitzende den Schutz der Pressefreiheit und die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten in den Blick zu nehmen. Daneben muss er im Rahmen seiner Ermessensausübung auch den Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren und die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

2. Die Anordnung, dass Bildaufnahmen abzubrechen sind, wenn eine Person – mit Ausnahme von Richtern, Verteidigern und Vertretern der Staatsanwaltschaft – die Aufnahme erkennbar abwehrt, legt die Entscheidung über eine Bildberichterstattung allein in die Hand der Beteiligten und verletzt damit das Grundrecht auf Pressefreiheit.

3. Ein vollständiges Verbot von Rundfunkaufnahmen ist unverhältnismäßig, wenn dem Schutz kollidierender Belange bereits durch die Anordnung Rechnung getragen werden kann, Bildaufnahmen von Personen mit besonderem Schutzanspruch zu anonymisieren. Bei einem gewichtigen Informationsinteresse der Öffentlichkeit kann das Risiko einer verbleibenden Erkennbarkeit für den engeren Bekanntenkreis des Betroffenen hingenommen werden, soweit ihm nicht gerade aus dieser Richtung erhebliche Gefahren drohen.

4. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit ist regelmäßig auch auf die Mitglieder des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers gerichtet, die in geringerem Maße als Privatpersonen Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte haben, so etwa dann, wenn die Veröffentlichung von Abbildungen eine erhebliche Belästigung oder eine Gefährdung ihrer Sicherheit bewirken kann.

5. Eine Anordnung, die Bildaufnahmen der Mitglieder des Spruchkörpers nur vor Aufruf der Sache zulässt, schränkt die Presse- und Rundfunkfreiheit unverhältnismäßig ein, wenn sie lediglich mit Verzögerungen zwischen Aufruf und Sitzungsbeginn gerechtfertigt wird. Bei einer erheblichen Anzahl von Medienvertretern sind Störungen des äußeren Ablaufs der Sitzung durch eine sogenannte Pool-Lösung zu vermeiden.

6. Bei der Folgenabwägung im Rahmen eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine den Angeklagten betreffende Anonymisierungsanordnung wiegt die Beeinträchtigung der Presse- und Rundfunkfreiheit gegenüber den dem Angeklagten durch eine nicht anonymisierte Bildberichterstattung drohenden, nicht rückgängig zu machenden Nachteilen weniger schwer.

**995. BVerfG 2 BvR 770/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. September 2016 (OLG Düsseldorf)**

Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Frankreich aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Überprüfbarkeit der Auslieferungsunterlagen; notwendige Angaben zu den Tatumständen; Angaben zu Tat und Tatort; Zweifel an ausreichendem Auslandsbezug bei möglichem Handlungsort im Inland); Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde mangels Vorlage des Europäischen Haftbefehls.

Art. 16 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 80 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 IRG; § 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG; Art. 8 Abs. 1 Buchstabe e RbEuHb; § 9 StGB

1. Zur Effektivität des Rechtsschutzes gehört es, dass Auslieferungsunterlagen oder ein ihnen gleichstehender Europäischer Haftbefehl eine den betroffenen Grundrech-

ten angemessene gerichtliche Überprüfung erlauben. Den Unterlagen müssen sich die Umstände entnehmen lassen, unter denen die dem Auslieferungsersuchen zugrundeliegende Straftat begangen wurde, einschließlich der Tatzeit, des Tatortes und der Tatbeteiligung der auszuliefernden Person.

2. Eine dem Art. 16 Abs. 2 GG angemessene gerichtliche Überprüfung, ob die einem deutschen Staatsangehörigen vorgeworfenen Taten, wegen derer die französischen Behörden um seine Auslieferung ersuchen, zumindest teilweise auf französischem Hoheitsgebiet begangen worden sind, ist nicht möglich, wenn in den Auslieferungsunterlagen als Tatort lediglich „in Paris und in Frankreich generell [...]“ angegeben ist, ohne dass nachvollziehbar ist, durch welche konkreten Handlungen und an welchen Orten die dem Beschuldigten zur Last gelegten „Geldbeschaffungen“ zu Gunsten krimineller Organisationen ausgeführt worden sein sollen.

3. Dem über die Auslieferung entscheidenden Gericht ist es nicht gestattet, derartige Mängel der Auslieferungsunterlagen dadurch zu übergehen, dass es davon ausgeht, ein maßgeblicher Auslandsbezug bestehe – ungeachtet eines möglichen Handlungsorts im Inland – jedenfalls dann, wenn Geldwäschevorwürfe im Zusammenhang mit dem organisierten, illegalen internationalen Verkauf von Betäubungsmitteln im Raum ständen, die typischerweise eine grenzüberschreitende Dimension und eine entsprechende Schwere aufwiesen.

4. Die Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferungsentscheidung ist nicht in der nach § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG erforderlichen Weise begründet, wenn der der Auslieferung zugrundeliegende Europäische Haftbefehl weder vorgelegt noch dessen wesentlicher Inhalt mitgeteilt wird. Die Vorlage eines in derselben Sache ergangenen internationalen Haftbefehls ersetzt die Wiedergabe des nicht notwendigerweise inhaltsgleichen Europäischen Haftbefehls nicht.

**996. BVerfG 2 BvR 1103/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2016 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)**

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Nichteinhaltung der gesetzlichen Überprüfungsfrist; Sicherstellung einer rechtzeitigen Entscheidung; verfahrensrechtliche Absicherung des Freiheitsgrundrechts; Darlegung der Gründe einer Fristüberschreitung in der Fortdauerentscheidung; Fristsetzung gegenüber dem Sachverständigen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67e Abs. 2 StGB

1. Die gesetzlichen Vorschriften über die regelmäßige Überprüfung der weiteren Vollstreckung der Sicherungsverwahrung dienen der Wahrung des Übermaßverbots bei der Beschränkung des Freiheitsgrundrechts. Das Vollstreckungsgericht muss eine rechtzeitige Entscheidung vor Ablauf der Überprüfungsfrist sicherstellen und dabei berücksichtigen, dass der Betroffene in aller Regel persönlich anzuhören und gegebenenfalls sachverständig zu begutachten ist.

2. Im Falle einer Überschreitung der Überprüfungsfrist hat das Vollstreckungsgericht die Gründe der Fristüberschreitung in der Fortdauerentscheidung darzulegen. Dies dient der verfahrensrechtlichen Absicherung des Freiheitsgrundrechts und soll eine Überprüfung ermöglichen, ob die Fristüberschreitung trotz sorgfältiger Führung des Verfahrens zustande kam oder ob sie auf einer Fehlhaltung gegenüber dem das Grundrecht sichernden Verfahrensrecht beruhte.

3. Die Gestaltung des Überprüfungsverfahrens beruht auf einer unrichtigen Anschauung der grundrechtssichernden Bedeutung der gesetzlichen Überprüfungsfristen, wenn sich die Strafvollstreckungskammer auf Sachstandsanfragen an den beauftragten Sachverständigen beschränkt, ohne diesem eine Frist zur Vorlage des Gutachtens zu setzen, und wenn in der Fortdauerentscheidung zur Begründung der Fristüberschreitung lediglich pauschal auf den Verfahrensverlauf verwiesen wird.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**1081. BGH 1 StR 613/15 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; rechtfertigender Notstand (Erforderlichkeit der Notstandshandlung; Begriff, abschließende Lösung der Konfliktlage durch bestehendes Verfahren, hier: schmerzlindernde Eigenbehandlung mit Betäubungsmitteln; Begriff der Gefahr); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hangs, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 34 StGB; § 3 Abs. 2 BtMG; § 64 StGB

1. Der unerlaubte Umgang mit Betäubungsmitteln zum Zweck der Eigenbehandlung eines Schmerzpatienten kann regelmäßig nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt sein. (BGHSt)

2. Eine Rechtfertigung durch § 34 StGB scheidet regelmäßig aus, wenn die Lösung der von dieser Vorschrift vorausgesetzten Konfliktlage zwischen dem Erhaltungsgut und dem Eingriffsgut einem besonderen Verfahren oder einer bestimmten Institution vorbehalten ist. (Bearbeiter)

3. Die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes legen grundsätzlich fest, unter welchen Voraussetzungen zu medizinischen Zwecken ein Umgang mit an sich unerlaubten Betäubungsmitteln erfolgen kann. Die Lösung des Konflikts zwischen der bedrohten Gesundheit eines Schmerzpatienten und den hinter den betäubungsmittelrechtlichen Vorschriften stehenden Gütern und Interessen kann zumindest im Grundsatz lediglich innerhalb des Rechtsregimes des Betäubungsmittelrechts gefunden werden. Das Genehmigungsverfahren gemäß § 3 Abs. 2 BtMG dient dazu, im Einzelfall unter Abwägung der Gefahren des Betäubungsmittelleinsatzes einerseits und dem möglichen Nutzen andererseits zu entscheiden, ob eine Erlaubnis für den Umgang mit einem Betäubungsmittel erteilt werden kann oder bei Ermessensreduzierung auf Null sogar muss. Der Nutzen kann dabei bei

schweren Erkrankungen auch bereits in einer Verbesserung des subjektiven Befindens liegen (vgl. BVerwGE 123, 352, 360). (Bearbeiter)

4. Zu welchem Ergebnis ein Genehmigungsverfahren führen würde, ist für den Ausschluss einer Rechtfertigung über § 34 StGB nicht von Bedeutung. Denn das Betäubungsmittelgesetz nimmt eine abschließende Bewertung für den zulässigen Umgang mit Betäubungsmitteln vor, die den Zugriff auf § 34 StGB im Grundsatz ausschließt, auch wenn ein ansonsten unerlaubter Umgang mit erfassten Stoffen zu therapeutischen Zwecken erfolgt. (Bearbeiter)

**1096. BGH 2 StR 588/15 – Urteil vom 29. Juni 2016 (LG Frankfurt a.M.)**

Versuch (Eintritt eines nicht zurechenbaren Erfolgs; Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung); Rücktritt vom Versuch (Rücktrittsvoraussetzungen beim Unterlassenstäter).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 13 StGB; § 261 StPO

1. § 24 Abs. 1 StGB ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen die Vollendung mangels tatbestandsmäßigen Erfolges ausbleibt. Die Vorschrift ist vielmehr auch dann anwendbar, wenn zwar ein tatbestandsmäßiger Erfolg eintritt, dieser jedoch nicht kausal auf die Angriffshandlung des Täters zurückgeführt werden kann, der konkrete Erfolg also auch dann eingetreten wäre, wenn der Täter überhaupt nicht auf das Opfer eingewirkt hätte (sog. überholende oder abgebrochene Kausalität).

2. Der Rücktritt des Unterlassenstäters ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach den Grundsätzen des beendeten Versuchs beim Begehungsdelikt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB zu beurteilen, da den Täter von der ersten Rettungsmöglichkeit an eine Pflicht zum Handeln trifft (vgl. BGH NJW 2000, 1730, 1732). Er scheidet aus, wenn der/die Angeklagte die

Vollendung der Tat weder verhindern (§ 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB) konnte noch die Tat ohne ihr Zutun nicht vollendet wurde (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB).

**1076. BGH 1 StR 94/16 – Urteil vom 13. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Mittäterschaft beim Diebstahl und Wegnahme (Voraussetzungen; Mitwirkung am Gewahrsamsübergang); Beihilfe (notwendige Feststellungen).

§ 261 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

1. Mittäter ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein (st. Rspr.). Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen (st. Rspr.).

2. Einzelfall der Anwendung der Maßstäbe auf die Verwirklichung der Wegnahme des Diebstahls.

3. Wegen Beihilfe wird gemäß § 27 Abs. 1 StGB bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Diese Hilfeleistung muss sich auf die Begehung der Haupttat zwar nicht kausal auswirken; erforderlich ist aber, dass sie die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung in irgendeiner Weise erleichtert oder fördert (st. Rspr.).

4. Einzelfall der mangelnden Feststellung konkreter Förderungen bei einer von anderen ausgeführten Diebstahls-tat.

**1107. BGH 4 StR 558/15 – Urteil vom 7. Juli 2016 (LG Frankfurt (Oder))**

Bedingter Tötungsvorsatz (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil: Gesamtbetrachtung, Indizwirkung der Gefährlichkeit der Tathandlung und des Tatmotivs); tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung im Urteil).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StGB; § 81e StPO; § 81h StPO

1. Sowohl das Wissens- wie auch das Willenselement des bedingten Vorsatzes müssen in jedem Einzelfall umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Fest-

stellungen belegt werden (vgl. BGH NStZ 2016, 25, 26;). Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls erfolgen (vgl. BGH NStZ 2015, 216), in welche insbesondere die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen sind (vgl. BGH NStZ 2013, 581, 582). Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau stellt die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung einen wesentlichen Indikator sowohl für das kognitive als auch für das voluntative Vorsatzelement.

2. Hat der Täter eine offensichtlich äußerst gefährliche Gewalthandlung begangen, liegt es – vorbehaltlich in die Gesamtbetrachtung einzustellender gegenläufiger Umstände des Einzelfalls – nahe, dass er den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Tuns erkannt und, indem er gleichwohl sein gefährliches Handeln begonnen oder fortgesetzt hat, den Todeserfolg auch billigend in Kauf genommen hat (st. Rspr.).

3. Mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter haben kein Tötungsmotiv, sondern gehen einem anderweitigen Handlungsantrieb nach (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 79, 81). Die Absicht, das Tatopfer zu bestrafen, steht daher der Bejahung eines bedingten Tötungsvorsatzes nicht entgegen. Allerdings kann sich aus der Art des jeweiligen Handlungsantriebs ein Rückschluss auf die Stärke des vom Täter empfundenen Tatanreizes und damit auch auf seine Bereitschaft zur Inkaufnahme schwerster Folgen ergeben.

4. Für die Darstellung des Ergebnisses einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung im Urteil ist erforderlich, dass der Tatrichter mitteilt, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, inwieweit dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war (vgl. BGHSt 58, 212, 217).

**1019. BGH 1 StR 202/16 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG München I)**

Voraussetzungen des Rücktritts von der Verbrechensverabredung; Strafraumenwahl beim schweren Bandendiebstahl; Voraussetzungen des Sich-Verschaffens bei der Hehlerei.

§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 244a Abs. 2 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; 259 Abs. 1 StGB

1. Die Voraussetzungen für den Rücktritt von der Verbrechensverabredung nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB entsprechen denjenigen des § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB; in beiden Fällen wird der Täter straflos, wenn er die Tat verhindert. Die Verhinderung setzt zwar in der Regel ein aktives, auf Verhinderung der Tatvollendung abzielendes Verhalten des Täters voraus; bloßes Nicht-Weiterhandeln reicht aber aus, wenn sämtliche Tatbeteiligte dahin überein-

kommen, von der Tat (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB) oder von ihrer Vollendung (§ 24 Abs. 2 Satz 1 StGB) abzusehen.

2. Bei der Strafrahmenwahl beim schweren Bandendiebstahl ist zunächst zu prüfen, ob ein minder schwerer Fall nach § 244a Abs. 2 StGB auch unter Heranziehung des für den Angeklagten angenommenen vertypen Milderungsgrundes des § 23 Abs. 2 StGB angenommen werden kann. Erst wenn nach dieser Abwägung kein minder schwerer Fall für angenommen werden kann, darf das Gericht seiner Strafzumessung den wegen des gegebenen gesetzlich vertypen Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

3. Ein Sich-Verschaffen im Sinne von § 259 Abs. 1 StGB erfordert die Herstellung eigener Herrschaftsgewalt über die Sache im Einverständnis mit dem Vortäter. Der Hehler muss die Sache zur eigenen Verfügungsgewalt erlangen, so dass er über die Sache als eigene oder zu eigenen Zwecken verfügen kann und dies auch will (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 13. November 2012 – 3 StR 364/12 mwN).

#### **1020. BGH 1 StR 248/16 – Urteil vom 11. Oktober 2016 (LG Deggendorf)**

Überspannte Anforderungen an die Beweiswürdigung des Tatgerichts bei der Ablehnung des Tötungsvorsatzes nach einer Lebendgeburt (Anforderungen an die Überzeugung des Tatrichters); Voraussetzungen bedingt vorsätzlichen Handelns (Wissenselement; Wollenselement; Kindstötung; erforderliche Gesamtbetrachtung; Bejahung des Eventualvorsatzes auch bei aufgrund psychischer oder alkoholischer Beeinträchtigung fehlendem Risikobewusstseins; Annahme des bedingten Tötungsvorsatzes bei Gleichgültigkeit gegenüber dem Tod des Opfers).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 222 StGB; § 15 StGB; 261 StPO

1. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt (Wissenselement), weiter dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (Willenselement). Die Bejahung oder Verneinung dieser Elemente kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen.

2. Dabei ist die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher, aber kein ausschließlicher Indikator. Auch kann das Wissens- oder Willenselement des Vorsatzes im Einzelfall fehlen, etwa wenn dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko einer Tötung infolge einer psychischen Beeinträchtigung oder alkoholischen Beeinflussung zur Tatzeit nicht bewusst ist.

3. Die Prüfung, ob bedingter Vorsatz vorliegt, erfordert bei Tötungsdelikten insbesondere dann, wenn das Tatgericht allein oder im Wesentlichen aus äußeren Umständen auf die innere Einstellung eines Angeklagten zur Tat schließen muss, eine Gesamtschau aller objektiven und

subjektiven Tatumstände, wobei schon eine Gleichgültigkeit gegenüber dem zwar nicht erstrebten, wohl aber hingenommenen Tod des Opfers die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes rechtfertigt.

4. Voraussetzung für die Überzeugung des Tatrichters ist nicht eine absolute, das Gegenteil oder andere Möglichkeiten ausschließende Gewissheit im Sinne einer nach den Formulierungen des Landgerichts nicht mehr gegebenen Gleichwertigkeit oder einer stärkeren Wahrscheinlichkeit. Vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt. Der Tatrichter ist also nicht gehindert, an sich mögliche, wenn auch nicht zwingende Folgerungen aus bestimmten Tatsachen zu ziehen, wenn diese tragfähig sind.

#### **1004. BGH 5 StR 84/16 – Urteil vom 27. September 2016 (LG Neuruppin)**

Lückenhafte Beweiswürdigung zum Fehlen des Tötungseventualvorsatzes bei einem gemeinschaftlich begangenen Angriff (Anforderungen an die Prüfung von Wissens- und Willenselement; gefährliche Gewalthandlung; Hemmschwelle; gemeinschaftliche Begehung; Verwendung gefährlicher Gegenstände; eingeschränkte revisionsgerichtliche Überprüfung; widersprüchliche, unklare oder lückenhafte Beweiswürdigung).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Greifen zwei Beteiligte das Opfer aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes jeweils mit gefährlichen Gegenständen – hier ein Baseballschläger einerseits und ein Küchenmesser andererseits – an, kann die Beweiswürdigung zum Tötungseventualvorsatz eines Beteiligten lückenhaft sein, wenn dabei lediglich der von diesem Beteiligten tatplangemäß erbrachte Tatbeitrag und dessen objektive Gefährlichkeit in den Blick genommen wird. Vielmehr wird sich das Tatgericht unter diesen Umständen regelmäßig auch mit den Erwartungen des Beteiligten zum Geschehensablauf bei der Tat vor dem Hintergrund des Einsatzes zweier gefährlicher Gegenstände zu befassen haben, zumal wenn es sich vorhersehbar um ein dynamisches und unübersichtliches Kampfgeschehen handelt.

2. Für die Verneinung des voluntativen Elements beim Tötungseventualvorsatz kommt einem pauschalen Verweis auf die natürliche, der Tötung eines Menschen entgegenstehende Hemmschwelle kein eigenständiges argumentatives Gewicht zu; vielmehr bedarf es tragfähiger Anhaltspunkte dafür, dass der Täter ernsthaft darauf vertraut haben könnte, der Geschädigte werde nicht zu Tode kommen (im Anschluss an BGHSt 57, 183 = HRRS 2012 Nr. 435).

#### **1071. BGH 1 StR 128/16 – Urteil vom 13. Juli 2016 (LG Stuttgart)**

Schuldunfähigkeit (erforderliche Gesamtschau, Blutalkoholkonzentration als Indiz); bedingter Tötungsvorsatz (Gesamtbetrachtung: gefährliche Gewalthandlung als Indiz, Spontan- und Affekttat); natürliche Handlungseinheit (Voraussetzungen).

§ 20 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gibt es keinen gesicherten medizinischen Erfahrungssatz darüber, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden muss (vgl. BGHSt 57, 247, 250 Rn. 19). Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit maßgeblich ist eine Gesamtschau aller wesentlichen objektiven und subjektiven Umstände, die sich auf das Erscheinungsbild des Täters vor, während und nach der Tat. Dabei kann die – regelmäßig deshalb zu bestimmende – Blutalkoholkonzentration ein je nach den Umständen des Einzelfalls sogar gewichtiges, aber keinesfalls allein maßgebliches Beweisanzeichen (Indiz) sein (vgl. BGH NStZ 2005, 329).

2. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne zu Tode kommen und – weil er mit seinem Handeln gleichwohl fortfährt – einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH NStZ 1992, 587, 588). Zwar können das Wissens- oder das Willenselement des Eventualvorsatzes gleichwohl im Einzelfall fehlen, so etwa, wenn dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko der Tötung infolge einer psychischen Beeinträchtigung – z.B. Affekt, alkoholische Beeinflussung oder hirnorganische Schädigung – zur Tatzeit nicht bewusst ist (Fehlen des Willenselements) oder wenn er trotz erkannter objektiver Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut (Fehlen des Willenselements).

3. Bei der erforderlichen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f) darf der Tatrichter den Beweiswert offensichtlicher Lebensgefahrlichkeit einer Handlungsweise für den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes nicht so gering veranschlagen, dass auf eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Beweisanzeichen verzichtet werden kann (vgl. BGH StV 1994, 654).

4. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass bei spontanen, unüberlegten und in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen aus dem Wissen um den möglichen Todeseintritt nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten auf das selbstständig neben dem Willenselement stehende Willenselement des Vorsatzes geschlossen werden kann. Die Einordnung und Würdigung eines spontanen oder in affektiver Erregung erfolgenden Handelns obliegt dabei dem Tatrichter (vgl. BGH StraFo 2016, 110 f.).

5. Eine natürliche Handlungseinheit setzt voraus, dass zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen, die von einem einheitlichen Willen getragen werden, ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht und das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise auch für einen „objektiven“ Dritten als ein einheitliches Tun erscheint (st. Rspr.). Bei wiederholter (iterativer) Verwirklichung des gleichen Tatbestandes und damit einhergehender Steige-

rung der Intensität der Rechtsgutsverletzung liegt eine natürliche Handlungseinheit auch dann vor, wenn die verschiedenen Handlungen im natürlichen Sinne auf die Verwirklichung desselben Tatbestandstypus, also unter Einschluss von Qualifikationen, gerichtet sind.

#### **1051. BGH 1 StR 285/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Augsburg)**

Fehlende Schuldfähigkeit (Voraussetzungen: zweistufige Prüfung; Darstellung im Urteil).  
§ 20 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfolgt prinzipiell mehrstufig (BGH, Urteil vom 1. Juli 2015 – 2 StR 137/15, NJW 2015, 3319 und Beschluss vom 12. März 2013 – 4 StR 42/13, NStZ 2013, 519 jeweils mwN). Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein.

2. Hierzu ist der Richter jeweils für die Tatsachenbewertung auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen. Gleichwohl handelt es sich bei der Frage des Vorliegens eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB bei gesichertem Vorliegen eines psychiatrischen Befunds wie bei der Prüfung der erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit um Rechtsfragen. Deren Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 135 f.). Das gilt besonders dann, wenn es um die Beurteilung kaum messbarer, objektiv schwer darstellbarer Befunde und Ergebnisse geht, wie es bei einer „kombinierten Persönlichkeitsstörung“ der Fall ist (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 135).

#### **1072. BGH 1 StR 239/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Stuttgart)**

Schuldfähigkeit (Verlust der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit durch eine bipolare Störung; Darstellung im Urteil).  
§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

Bei bipolaren Störungen besteht eine große Bandbreite von Ausprägungen und Schweregraden, so dass ein nur allgemeiner Hinweis auf die Diagnose nicht ausreichend aussagekräftig ist, um eine die Annahme einer Schuldfähigkeit zu begründen (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 135).

#### **1062. BGH 4 StR 160/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Hagen)**

Bandendiebstahl (Tatmehrheit bei Deliktserie: Förderung der individuellen Tat).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 53 StGB

Sind an einer Deliktserie mehrere Personen beteiligt, so ist die Frage, ob die einzelnen Taten Tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Leistet ein Mittäter für bestimmte Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es hingegen an einer solchen individuellen Tatförderung und erbringt der Täter im Vorfeld oder während des Laufes der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als Tateinheitlich zuzurechnen (st. Rspr.).

### 1102. BGH 4 StR 161/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Bielefeld)

Schuldunfähigkeit (Vorliegen einer krankhaften seelischen Störung oder schweren anderen seelischen Abartigkeit: fortdauernde Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (länger andauernde Einschränkung der Schuldunfähigkeit: länger dauernde geistig-seelische Störung, bei alltäglichen Ereignissen die akute erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen, hier: geringfügiger Alkoholkonsum).

§ 20 StGB; § 63 StGB

1. Die richterliche Entscheidung, ob die Fähigkeit des Angeklagten, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert ist, erfolgt in einem aus mehreren Schritten bestehenden Verfahren. Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind in einem weiteren Schritt der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Angeklagten zu untersuchen (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 338, 339). Haben bei der Tat mehrere Faktoren zusammengewirkt und kommen mehrere Eingangsmerkmale gleichzeitig in Betracht, so dürfen diese hierbei nicht isoliert abgehandelt, sondern müssen einer Gesamtbetrachtung unterzogen werden (vgl. BGH NStZ 2013, 519, 520).

2. Die positive Feststellung, dass der Angeklagte eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder der erheblich verminderten Schuldfähigkeit begangen hat, setzt dabei voraus, dass in der Person des Angeklagten letztlich nicht nur Eigenschaften und Verhaltensweisen hervorgetreten sind, die sich im Rahmen dessen halten, was bei schuldfähigen Menschen anzutreffen und übliche Ursache für strafbares Verhalten ist. Hierzu gehören etwa Eigenschaften wie Stimmungsschwankungen, geringe Frustrationstoleranz, Tendenz zu Streitereien und Impulsivität; diese sind nicht ohne weiteres dazu geeignet, eine Person in einen Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit zu versetzen (vgl. BGH NStZ 2007, 29 f.).

3. Für die Bewertung der Schwere einer krankhaften seelischen Störung ist vielmehr insbesondere maßgebend, ob es im Alltag außerhalb der beschuldigten Delikte zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist. Dies gilt in gleicher Weise, wenn es um die Einordnung als schwere andere seelische Abartigkeit geht. Auch für die Bewertung deren Schwere ist im Allgemeinen maßgebend, ob es im Alltag außerhalb des Delikts zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist (vgl. BGHSt 49, 45, 52). Erst wenn das Muster des Denkens, Fühlens oder Verhaltens sich im Zeitverlauf als stabil erwiesen hat, können die psychiatrischen Voraussetzungen vorliegen, die an krankhafte seelische Störungen oder an eine – dieser gleichzustellenden – schwere andere seelische Abartigkeit zu stellen sind (vgl. BGHSt 49, 45, 52).

4. War der Täter bei Begehung der Tat alkoholisiert und hat „letztlich“ der Konsum von Alkohol seine Schuldfähigkeit bei Begehung der Tat aufgehoben oder erheblich vermindert, so ist für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zwar grundsätzlich nur Raum, wenn er an einer krankhaften Alkoholsucht leidet oder in krankhafter Weise alkoholüberempfindlich ist (vgl. BGHSt 44, 369, 372 f.). Ein Zustand im Sinne des § 63 StGB liegt aber auch vor, wenn der Täter an einer länger dauernden geistig-seelischen Störung leidet, bei der bereits geringer Alkoholkonsum oder andere alltägliche Ereignisse die akute erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können und dies getan haben, wenn tragender Grund seines Zustandes mithin die länger andauernde krankhafte geistig-seelische Störung und die Alkoholisierung lediglich der auslösende Faktor war und ist (vgl. BGHSt 44, 369, 374).

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 1060. BGH 4 StR 90/16 – Beschluss vom 15. September 2016 (LG Berlin)

BGHSt; Gefährdung des Straßenverkehrs durch falsches Überholen (Begriff des Überholens: strafrechtsspezifische Auslegung).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b) StGB

1. Das Tatbestandsmerkmal des Überholens wird auch durch ein Vorbeifahren von hinten an sich in derselben Richtung bewegendem oder verkehrsbedingt haltenden Fahrzeugen verwirklicht, das unter Benutzung von Flächen erfolgt, die nach den örtlichen Gegebenheiten zusammen mit der Fahrbahn einen einheitlichen Straßenraum bilden. (BGHSt)

2. Nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift des § 315c Abs. 1 StGB, der auf den Schutz des Lebens, der Gesundheit und bedeutender Sachwerte vor im Gesetz näher bezeichneten, besonders gefährlichen Verhaltensweisen im Verkehr abzielt, ist die Reichweite des Tatbestands des § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB nicht auf Überholvorgänge im Sinne der Straßenverkehrsordnung beschränkt (vgl. BVerfG NJW 1995, 315, 316). Der Begriff des Überholens in § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB ist vielmehr durch Auslegung des Regelungsgehalts der Strafnorm zu bestimmen. (Bearbeiter)

3. Ein Überholen ist danach beispielsweise gegeben bei einem Vorbeifahren über Seiten- oder Grünstreifen, über Ein- oder Ausfädelspuren oder über lediglich durch Bordsteine oder einen befahrbaren Grünstreifen von der Fahrbahn abgesetzte Rad- oder Gehwege. Dagegen fehlt es an einem Überholvorgang etwa bei einem Vorbeifahren unter Benutzung einer von der Fahrbahn baulich getrennten Anliegerstraße oder mittels Durchfahren einer Parkplatz- oder Tank- und Rastanlage auf der Bundesautobahn. (Bearbeiter)

4. Ebenso wenig wie das Überholen nach der Straßenverkehrsordnung einen Spurwechsel nach Abschluss des Überholvorgangs voraussetzt (vgl. BGHSt 22, 137, 139), kommt es für den strafrechtlichen Begriff des Überholens nach § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB darauf an, dass die Fahrt nach dem Vorbeifahren an dem anderen Fahrzeug auf dessen Fahrbahn fortgesetzt wird. Ob ein Überholen nach § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB nur vorliegt, wenn das Vorbeifahren auf der von dem anderen Fahrzeug benutzten Fahrbahn seinen Ausgang nimmt, braucht der Senat im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

### 1059. BGH 2 StR 579/15 – Urteil vom 10. August 2016 (LG Erfurt)

Betrug (Täuschung bei mittelbarer Täterschaft; Vermögensverfügung; keine unmittelbare Vermögensminderung bei rein tatsächlicher Möglichkeit des Vermögens-

schadens durch weitere deliktische Schritte; bandenmäßige, gewerbsmäßige Begehung; Begriff der Bande, keine Zusammenwirkung bei der Täuschung erforderlich, Begriff der Gewerbsmäßigkeit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 25 Abs. 1 StGB

1. Eine Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestands setzt voraus, dass sie unmittelbar mindernd in das Vermögen des Geschädigten eingreift. Daran fehlt es, wenn der Getäuschte dem Täter lediglich die tatsächliche Möglichkeit gibt, den Vermögensschaden durch weitere selbständige deliktische Schritte herbeizuführen (vgl. BGHSt 50, 174, 178). Diese Konstellation liegt auch vor, wenn der Hintermann einen gutgläubigen Dritten dazu veranlasst, eine Sache zunächst in dessen eigenen – vertragsgemäßen – Gewahrsam zu bringen, ohne dass von vornherein aus der Sicht des Dritten vorgesehen war, die Sache an den Hintermann abzuliefern.

2. Der Qualifikationstatbestand des § 263 Abs. 5 StGB setzt nicht voraus, dass mehrere Beteiligte bereits bei der Täuschung eines anderen unmittelbar mitwirken. Eine Bandentat liegt schon vor, wenn an einem Eingehungsbetrug nur ein Bandenmitglied bei der Täuschungshandlung mitgewirkt hat, während andere Bandenmitglieder ihre Tatbeiträge im Hintergrund geleistet haben (vgl. BGHSt 46, 321, 332 ff.). Die für das Qualifikationsmerkmal bestimmende Organisationsgefahr besteht selbst dann, wenn nach einem Eingehungsbetrug durch ein Bandenmitglied andere Bandenmitglieder für die Verwertung der betrügerisch erlangten Sache Sorge tragen sollen und dies vorab als ihr Tatbeitrag vorgesehen war.

### 1061. BGH 4 StR 153/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Essen)

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs; unrichtige Gestaltung eines Programms durch Programmmanipulationen; Verwendung selbstständig wirkender Programme; Vermögensschaden: Unmittelbarkeit der Vermögensminderung bei weiteren Handlungen Dritter; Schadenshöhe bei manipulierten Glücksspielen); Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

1. Eine unrichtige Gestaltung eines Programms im Sinne des § 263a Abs. 1 StGB liegt auch in Fall sog. Programmmanipulationen vor, durch die auf die Arbeitsanweisungen für die Datenverarbeitung – also auf das Programm – eingewirkt wird. Eine solche Manipulation durch „Gestaltung des Programms“ umfasst sowohl das Neuschreiben ganzer Programme oder Programmteile als auch das Hinzufügen, das Verändern und das Löschen einzelner Programmablaufschritte, die Herstellung von

Verzweigungen, welche Systemkontrollen umgehen, die Änderung von Bedingungen der Plausibilitätsprüfung und den Einbau sonstiger falscher Funktionen.

2. Zur „Gestaltung des Programms“ kann sich der Täter mithin auch selbsttätig wirkender Programme bedienen oder Programmmanipulationen vornehmen, die nicht die dem Programm immanenten Programmablaufschritte ändern, sondern die vorhandenen durch nicht vorgesehene überlagern.

3. In Fällen, in denen noch weitere Verfügungen vorgenommen werden, kann das Merkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung gleichwohl zu bejahen sein, wenn das Ergebnis des von dem Täter manipulierten Datenverarbeitungsvorgangs ohne eigene Entscheidungsbefugnis und ohne inhaltliche Kontrolle von einer Person lediglich umgesetzt wird (vgl. BGHSt 59, 68, 74 f.).

4. Das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs ist beeinflusst, wenn es von dem Ergebnis abweicht, das bei einem ordnungsgemäßen Programmablauf bzw. ohne die Tathandlung erzielt worden wäre (vgl. BGH NStZ 2016, 338, 339).

#### **1064. BGH 4 StR 194/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Essen)**

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs; unrichtige Gestaltung eines Programms durch Programmmanipulationen: Verwendung selbstständig wirkender Programme; Vermögensschaden: Unmittelbarkeit der Vermögensminderung bei weiteren Handlungen Dritter; Schadenshöhe bei manipulierten Glücksspielen); Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten; Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 338 Nr. 5 StPO; § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

1. Eine unrichtige Gestaltung eines Programms im Sinne des § 263a Abs. 1 StGB liegt auch in Fall sog. Programmmanipulationen vor, durch die auf die Arbeitsanweisungen für die Datenverarbeitung – also auf das Programm – eingewirkt wird. Eine solche Manipulation durch „Gestaltung des Programms“ umfasst sowohl das Neuschreiben ganzer Programme oder Programmteile als auch das Hinzufügen, das Verändern und das Löschen einzelner Programmablaufschritte, die Herstellung von Verzweigungen, welche Systemkontrollen umgehen, die Änderung von Bedingungen der Plausibilitätsprüfung und den Einbau sonstiger falscher Funktionen.

2. Zur „Gestaltung des Programms“ kann sich der Täter mithin auch selbsttätig wirkender Programme bedienen oder Programmmanipulationen vornehmen, die nicht die dem Programm immanenten Programmablaufschritte ändern, sondern die vorhandenen durch nicht vorgesehene überlagern.

3. In Fällen, in denen noch weitere Verfügungen vorgenommen werden, kann das Merkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung gleichwohl zu bejahen sein, wenn das Ergebnis des von dem Täter manipulierten

Datenverarbeitungsvorgangs ohne eigene Entscheidungsbefugnis und ohne inhaltliche Kontrolle von einer Person lediglich umgesetzt wird (vgl. BGHSt 59, 68, 74 f.).

4. Für die Verhandlungsfähigkeit genügt es grundsätzlich, dass der Angeklagte die Fähigkeit hat, in und außerhalb der Verhandlung seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger und verständlicher Weise zu führen sowie Prozesserkklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 154 mwN).

#### **1065. BGH 4 StR 203/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Essen)**

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs; unrichtige Gestaltung eines Programms durch Programmmanipulationen: Verwendung selbstständig wirkender Programme; Vermögensschaden: Unmittelbarkeit der Vermögensminderung bei weiteren Handlungen Dritter; Schadenshöhe bei manipulierten Glücksspielen); Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

1. Eine unrichtige Gestaltung eines Programms im Sinne des § 263a Abs. 1 StGB liegt auch in Fall sog. Programmmanipulationen vor, durch die auf die Arbeitsanweisungen für die Datenverarbeitung – also auf das Programm – eingewirkt wird. Eine solche Manipulation durch „Gestaltung des Programms“ umfasst sowohl das Neuschreiben ganzer Programme oder Programmteile als auch das Hinzufügen, das Verändern und das Löschen einzelner Programmablaufschritte, die Herstellung von Verzweigungen, welche Systemkontrollen umgehen, die Änderung von Bedingungen der Plausibilitätsprüfung und den Einbau sonstiger falscher Funktionen.

2. Zur „Gestaltung des Programms“ kann sich der Täter mithin auch selbsttätig wirkender Programme bedienen oder Programmmanipulationen vornehmen, die nicht die dem Programm immanenten Programmablaufschritte ändern, sondern die vorhandenen durch nicht vorgesehene überlagern.

3. In Fällen, in denen noch weitere Verfügungen vorgenommen werden, kann das Merkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung gleichwohl zu bejahen sein, wenn das Ergebnis des von dem Täter manipulierten Datenverarbeitungsvorgangs ohne eigene Entscheidungsbefugnis und ohne inhaltliche Kontrolle von einer Person lediglich umgesetzt wird (vgl. BGHSt 59, 68, 74 f.).

#### **1054. BGH 1 StR 595/15 – Urteil vom 12. Juli 2016 (LG Cottbus)**

Geldwäsche (Begriff des Verwahrens und des Verwendens bei Buchgeld; Strafausschluss bei Beteiligung an der Vortat: Feststellung der Vortat); richterliche Kognitionspflicht (Begriff der prozessualen Tat); Anforderungen an die Urteilsdarstellung bei einem Freispruch.

§ 261 Abs. 2 Satz 2, Abs. 9 Satz 2 StGB; § 264 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Für das Verwahren von Forderungen (Buchgeld) im Sinne des § 261 Abs. 2 Satz 2 StGB kommt es darauf an,

ob der Täter eine der unmittelbaren Sachherrschaft entsprechende tatsächliche Verfügungsgewalt über die Forderung hat (vgl. BGH NJW 2013, 1158). Bei Konten genügt hierfür das alleinige Recht des Kontoinhabers, über das Geld zu verfügen.

2. Unter das Tatbestandsmerkmal „Verwenden“ im Sinne des § 261 Abs. 2 Satz 2 StGB fällt jeder bestimmungsgemäße Gebrauch des inkriminierten Gegenstandes (vgl. BGH NZWiSt 2016, 157, 158). Erfasst werden daher bei Bargeld oder Buchgeld Geldgeschäfte aller Art, bei Konten mithin auch Verfügungen über das jeweilige Guthaben auf dem Konto in Gestalt des Tätigens von Überweisungen (vgl. BGH NZWiSt 2016, 157, 158).

3. Der Strafausschließungsgrund des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB greift nur dann ein, wenn die Beteiligung an der Vortat sicher festgestellt werden kann (vgl. BGHSt 50, 224, 230). Daran fehlt es, wenn das Tatgericht zwar vom Vorliegen einer Vortat ausgeht, diese sich aber nicht hinreichend konkretisieren lässt und der Täter deshalb insoweit nicht verurteilt werden kann. Denn auch dann droht dem Täter keine Doppelbestrafung wegen Beteili-

gung an der Vortat und anschließender Geldwäsche zur Selbstbegünstigung.

**1039. BGH 4 StR 221/16 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG Braunschweig)**

Änderung des Konkurrenzverhältnisses (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr).

§ 113 StGB; § 154a Abs. 2 StPO; § 224 Abs. 1 StGB; § 315b StGB

1. In Fällen einer ununterbrochenen Polizeiflucht ist regelmäßig von Tateinheit bezüglich aller durch die Fahrt verwirklichten Delikte auszugehen.

2. Ungeachtet einzelfallabhängiger Besonderheiten ist in dem einheitlichen Entschluss zu einer Flucht vor der Polizei eine besondere Sachlage zu sehen, welche die Zusammenfassung aller Verletzungen der Strafgesetze zu einer Tat begründet. Auch bezüglich mehrerer, einander folgender Widerstandshandlungen besteht natürliche Handlungseinheit.

Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**1110. BGH 4 ARs 16/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (BGH)**

Anfrageverfahren; Strafraahmenverschiebung bei selbst verschuldeter Trunkenheit (erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit; schuldhaftes Sich-Berauschen; tatrichterliche Ermessensausübung, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Der Senat versteht die Anfrage des 3. Strafsenats wie folgt:

a) Die Entscheidung über die Strafraahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB ist eine Ermessensentscheidung des Tatrichters.

b) Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung kann im Einzelfall die selbstverschuldete Trunkenheit die Versagung der Strafmilderung tragen, auch wenn eine vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse nicht festgestellt ist.

2. Soweit der so verstandenen Anfrage Rechtsprechung des 4. Strafsenats entgegensteht, hält er daran nicht fest.

3. Im Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände ist die selbst zu verantwortende Trunkenheit ein zu berücksichtigender Umstand unter anderen (vgl. BGHSt 49, 239, 241). Feste Regeln,

die der Tatrichter bei dieser Abwägung zu beachten hätte, und insbesondere, welches Gewicht er einzelnen Umständen beizumessen hätte, befürwortet der Senat nicht. Im Rahmen der vom Tatrichter zu treffenden Ermessensentscheidung kann deshalb auch die selbst zu verantwortende Trunkenheit den Ausschlag dafür geben, im Einzelfall die Strafmilderung nach §§ 21, 49 StGB zu versagen.

4. Das Revisionsgericht prüft diese Ermessensentscheidung lediglich daraufhin nach, ob dem Tatrichter ein Rechtsfehler unterlaufen ist.

**1070. BGH 1 StR 121/16 – Urteil vom 9. August 2016 (LG Tübingen)**

Begründung der Kriminalstrafe (Vergeltungsgedanke: Bedeutung für die Strafzumessung); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen: erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht, die über die reine Schadenswiedergutmachung hinausgeht).

§ 46 StGB; § 46a Abs. 1 StGB

1. Die Kriminalstrafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe wird dem Täter ein soziales Fehlverhalten vorgeworfen (vgl. BVerfGE 110, 1, 13). Die verfassungsrechtliche Legitimität der Verhängung und Vollstreckung von Strafe folgt bereits aus dem Umstand, dass dem jeweiligen Täter die Begehung der Straftat als

Fehlverhalten individuell vorgeworfen werden kann. Die konkret verhängte Strafe muss dabei von Verfassungs wegen in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen.

2. Eine Kriminalstrafe kann deshalb auch verhängt werden, wenn aufgrund des langen Zeitablaufs seit Begehung der Taten und des vollständig abgeschlossenen erfolgreichen Resozialisierungsprozesses des Angeklagten keine spezialpräventiven Strafzwecke mehr bestehen.

3. Obwohl § 46a StGB nach seinem Wortlaut an sich in beiden Varianten für alle Delikte in Frage kommt, können sich aus den unterschiedlichen tatbestandlichen Voraussetzungen von Nummern 1 und 2 jeweils Beschränkungen im Anwendungsbereich ergeben (vgl. BGH NStZ 1995, 492). Dementsprechend versteht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung § 46a Nr. 2 StGB als Regelung über den Täter-Opfer-Ausgleich, die an den Ausgleich der durch die Tat entstandenen materiellen Schäden anknüpft.

4. Der Täter-Opfer-Ausgleich nach dieser Vorschrift verlangt auf der Seite der Opfer, dass sie „ganz oder zum überwiegenden Teil“ entschädigt worden sind sowie täterseitig „erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht“. Damit eine erfolgte Schadenswiedergutmachung ihre friedentiftende Wirkung entfalten kann, muss der Täter einen über eine rein rechnerische Kompensation hinausgehenden Beitrag erbringen. Dafür genügt die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen allein nicht. Vielmehr muss sein Verhalten Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein (st. Rspr.).

#### **1082. BGH 2 StR 18/16 – Urteil vom 20. Juli 2016 (LG Aachen)**

Strafzumessung (Serientaten; Bemessung der Gesamtstrafe: zu hohes Strafübels aufgrund der Bildung zweier Gesamtstrafen wegen Zäsurwirkung einer Vorverurteilung, Darstellung im Urteil).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Werden Taten gleichförmig in Serie begangen, kann sich daraus eine Verminderung des Schuldgehalts der Folgetaten ergeben, wenn auf Grund des inneren Zusammenhangs auf eine herabgesetzte Hemmschwelle geschlossen werden kann (vgl. BGH StraFo 2012, 151, 152). Da die Schuld des Täters in Bezug auf die Einzel-taten durch eine Mehrheit von Taten erhöht werden kann, ist es möglich, auch diesen Umstand schon bei der Bemessung der Einzelstrafe und bei der Erwägung mit in Betracht zu ziehen, ob jeweils ein minder schwerer Fall bejaht werden kann (vgl. BGHSt 24, 268, 271).

2. Nötigt die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung zur Bildung zweier Gesamtstrafen, muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen. Dabei muss es nicht nur darlegen, dass es sich dieser Sachlage bewusst gewesen ist, sondern auch erkennen lassen, dass es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen gehalten hat (vgl. BGHSt 41, 310, 313).

#### **1066. BGH 4 StR 212/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Essen)**

Absehen von Strafe wegen Aufklärungshilfe bei Betäubungsmitteldelikten (kein Aufklärungserfolg erforderlich; Umfang der Strafbefreiung bei fortgesetzter Verkaufstätigkeit); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang: Voraussetzungen, nur indizielle Bedeutung der Beeinträchtigung der Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 64 StGB

1. Hat der Angeklagte durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich zur Aufdeckung einer Tat nach den §§ 29 bis 30a BtMG beigetragen, liegen die Voraussetzungen für eine Strafmilderung nach § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG für alle Taten des Angeklagten vor, die mit der aufgedeckten Tat im Zusammenhang stehen, ohne dass es darauf ankommt, ob auch bezüglich dieser Taten ein wesentlicher Aufklärungserfolg bewirkt worden ist (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 248). Ein für § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG hinreichender Zusammenhang ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Taten eines Mittäters im Rahmen einer fortgesetzten Verkaufstätigkeit, an welcher der die Aufklärungshilfe leistende Angeklagte jedenfalls in Teilabschnitten beteiligt war, gegeben (vgl. BGH StV 2014, 619 f).

2. Für einen Hang gemäß § 64 StGB ausreichend ist eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Konsum von Rauschmittel ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene aufgrund seiner Neigung sozial gefährdet oder gefährlich erscheint (st. Rspr.). Letzteres ist der Fall bei der Begehung von zur Befriedigung des eigenen Drogenkonsums dienender Beschaffungstaten (vgl. BGH NStZ 2005, 210). Dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum die Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt sind, kommt nur indizielle Bedeutung zu. Das Fehlen solcher Beeinträchtigungen schließt die Bejahung eines Hangs nicht aus (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 271).

#### **1078. BGH 1 StR 256/16 – Beschluss vom 27. Juli 2016 (LG Kassel)**

Strafzumessung (Berücksichtigung berufsrechtlicher Folgen).

§ 46 Abs. 1 StGB

Steht die Möglichkeit eines Verlustes der beruflichen oder wirtschaftlichen Existenz aufgrund berufsrechtlicher Folgen aus Anlass der Begehung einer Straftat im Raum, handelt es sich regelmäßig um einen zu berücksichtigenden Strafzumessungsgrund.

#### **1073. BGH 1 StR 254/16 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Stuttgart)**

Mögliche Anordnung mehrerer Maßregeln (Vorrang der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gegenüber der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, wenn

Maßregelerfolg bereits durch eine Maßregel erreicht werden kann); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen: Gefährlichkeitszusammenhang)

§ 72 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 63 StGB

1. Im Verhältnis der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) und der in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) ist bereits wegen der gesetzlichen Begrenzung der zulässigen Vollzugsdauer Letztgenannte die Maßnahme, die mit dem geringeren Eingriff in die Rechte des Betroffenen verbunden ist, und deshalb nach § 72 Abs. 1 Satz 2 StGB vorrangig anzuordnen.

2. Der für die Anordnung der Maßregel des § 64 StGB erforderliche symptomatische Zusammenhang ist bereits dann gegeben, wenn der Hang dazu beigetragen hat, dass

der Täter die Tat begangen hat (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 173).

**1024. BGH 2 StR 41/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Gera)**

Strafzumessung (Annahme eines minder schweren Falles).

§ 30 Abs. 2 BtMG; § 46 StGB

Eine geringe Überschreitung der Untergrenze zur nicht geringen Menge ist ein Strafmilderungsgrund. Das Zweifache der nicht geringen Menge an Betäubungsmitteln ist auch noch derart gering, dass dies jedenfalls nicht als bestimmender Strafschärfungsgrund gewertet werden kann.

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**997. BGH 3 StR 149/16 – Beschluss vom 28. Juli 2016 (LG Hannover)**

BGHR; keine ausschließliche Beweiskraft des Protokolls hinsichtlich der Gelegenheit des Angeklagten zur Äußerung (wesentliche Förmlichkeiten der Hauptverhandlung; gesetzmäßiger Ablauf; positive und negative Beweiskraft des Protokolls; Hinweis auf Schweigerecht im Protokollvermerk); Volksverhetzung (Auffordern zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen; feindselige Aufforderungen gegenüber Ausländern zum Verlassen des Landes; objektiver Sinngehalt der Erklärung; Mehrdeutigkeit; tragfähiger Ausschluss anderer Deutungsmöglichkeiten).

§ 243 StPO; § 273 StPO; § 274 StPO; § 130 StGB; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

1. Dass dem Angeklagten nach dem Hinweis auf sein Schweigerecht gemäß § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO Gelegenheit gegeben worden ist, sich zu der Anklage zu äußern, gehört nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung, deren Einhaltung allein durch die Sitzungsniederschrift bewiesen werden kann. (BGHR)

2. Die ausschließliche Beweiskraft nach § 274 Satz 1 StPO besteht sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht: So wie das Protokoll einerseits unter Ausschluss des Rückgriffs auf andere Beweismittel beweist, dass das geschehen ist, was es angibt, belegt es andererseits auch, dass das unterblieben ist, was nicht in ihm bezeugt wird. Jedoch erfasst § 274 Satz 1 StPO nur die für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten, worunter vor allem diejenigen im Sinne des § 273 Abs. 1 StPO zu verstehen sind. Danach muss sich aus dem Protokoll insbesondere der gesetzmäßige Ablauf der Hauptverhandlung ergeben. (Bearbeiter)

3. Der Protokollvermerk, dass der Angeklagte auf sein Schweigerecht hingewiesen wurde, belegt dagegen nicht, dass diesem anschließend auch Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde. Ebenso wenig ist indes das Gegenteil bewiesen, falls sich aus dem Protokoll nicht ergibt, dass er zur Sache vernommen wurde. Das Schweigen des Protokolls belegt insoweit nur, dass der Angeklagte nicht zur Sache vernommen worden ist sowie indirekt, dass er sich nicht geäußert hat. (Bearbeiter)

4. Das Auffordern zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen im Sinne des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt ein über bloßes Befürworten hinausgehendes, ausdrückliches oder konkludentes Einwirken auf andere voraus mit dem Ziel, in ihnen den Entschluss zu bestimmten Handlungen hervorzurufen. Gewalt- und Willkürmaßnahmen sind diskriminierende Handlungen, die den elementaren Geboten der Menschlichkeit widersprechen. (Bearbeiter)

5. Als Gewaltmaßnahmen kommen beispielsweise Freiheitsberaubungen, gewaltsame Vertreibungen, Pogrome oder die Veranstaltung von Hetzjagden gegen Ausländer in Betracht. Willkürmaßnahmen sind sonstige diskriminierende und im Widerspruch zu elementaren Geboten der Menschlichkeit stehende Behandlungen aller Art. Feindselige Parolen wie „Ausländer raus“ oder „Türken raus“ werden grundsätzlich nicht erfasst, wenn sie sich in der Aufforderung zum Verlassen des Landes erschöpfen. (Bearbeiter)

6. Zur Beurteilung der Frage, ob eine Erklärung als Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen zu verstehen ist, ist ihr objektiver Sinngehalt unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls aus der Sicht eines

unvoreingenommen und verständigen Durchschnittspublikums zu ermitteln. Dabei darf ihr im Lichte der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Meinungsfreiheit keine Bedeutung beigelegt werden, die sie objektiv nicht hat, und im Fall der Mehrdeutigkeit darf nur dann von der zur Verurteilung führenden Deutung ausgegangen werden, wenn andere, straflose Deutungsmöglichkeiten mit tragfähigen Gründen ausgeschlossen werden können. (Bearbeiter)

**1045. BGH 1 StR 154/16 – Urteil vom 7. September 2016 (LG Stuttgart)**

BGHR; Verstoß gegen die Unschuldsvermutung (Voraussetzungen: erforderliche Einzelfallbetrachtung, Fernsehberichterstattung über die Tat; Rechtsfolgen: keine Kompensation im Wege der Vollstreckungslösung, isolierte Anfechtbarkeit der Kompensation, Verfahrenshindernis); Strafzumessung (keine Berücksichtigung negativer Medienberichterstattung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Kontrolle: hinreichende objektive Grundlage).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 1 StPO; § 46 StGB; § 261 StPO

1. Zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Unschuldsvermutung. (BGH).

2. Bei der Prüfung, ob eine Verletzung der Unschuldsvermutung eingetreten ist, kommt nach der Rechtsprechung des EGMR der Wortwahl bei der Äußerung durch Amtsträger entscheidende Bedeutung zu. Ob die Aussage eines Amtsträgers gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung verstößt, ist darüber hinaus im Zusammenhang mit den besonderen Umständen zu prüfen, unter denen die fragliche Aussage getätigt wurde. Im Hinblick auf die Berücksichtigung der Wortwahl und der Umstände muss ein „unglücklicher Sprachgebrauch“ nicht entscheidend sein; es kann an einer Verletzung von Art. 6 Abs. 2 EMRK fehlen, obwohl der EGMR den Sprachgebrauch der innerstaatlichen Behörden oder Gerichte kritisiert hat. (Bearbeiter)

3. Eine Fernsehberichterstattung über die Angeklagten und die angeklagte Tat, in deren Rahmen Ermittlungsbeamte Formulierungen wie „Bandenmitglieder“ und „Einbrechergruppierung“ verwenden, stellt keinen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung dar, wenn diese Formulierungen nach dem aktuellen Ermittlungsstand berechtigt sind, sich nicht unmittelbar auf die Angeklagten beziehen und diese in der Berichterstattung anonymisiert wurden, auch wenn sie für persönlich bekannte Personen erkennbar sind. (Bearbeiter)

4. Der Senat hat zudem in rechtlicher Hinsicht Zweifel, ob eine festgestellte Verletzung der Unschuldsvermutung eine Kompensation nach dem Vollstreckungsmodell begründen könnte. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 2 EMRK gibt den Vertragsstaaten keine bestimmte Art der Kompensation für den Fall des Konventionsverstößes vor. Auch auf nationales Verfassungsrecht ließe sich die Anwendung des Vollstreckungsmodells nicht stützen. Die Unschuldsvermutung ist zwar eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und hat deshalb Verfassungsrang. Allerdings enthält die Unschuldsvermutung keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- und Verbote. Ihre Auswir-

kungen auf das Verfahrensrecht bedürfen vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten; dies zu tun, ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 74, 358, 372). (Bearbeiter)

5. Das einfache Gesetzesrecht nimmt die Gewährleistungen der Unschuldsvermutung, soweit es um mit dieser in Widerspruch stehende Äußerungen während eines laufenden Strafverfahrens geht, vor allem durch die Befangenheit von Gerichtspersonen auf. Angesichts dieser Reaktionsmöglichkeit auf Verletzungen der Unschuldsvermutung im noch nicht zum rechtskräftigen Schuldspruch geführten Verfahren ist für eine anderweitige Kompensation nach dem Modell der Vollstreckungslösung kein Raum. Das gilt erst recht für Verstöße gegen diesen Grundsatz durch Personen, die vom Anwendungsbereich der Befangenheitsregelungen nicht erfasst sind. (Bearbeiter)

6. Die isolierte Überprüfung der Kompensation für Verstöße gegen die EMRK im Wege der Vollstreckungslösung ist grundsätzlich möglich (vgl. BGH NSTZ-RR 2014, 21). Die Beschränkung ist lediglich im Einzelfall bei untrennbarer Verknüpfung des Strafausspruchs mit der Entscheidung über die Kompensation nicht wirksam. Eine solche Verknüpfung ist aber selbst dann nicht zwingend gegeben, wenn mit dem Rechtsmittel solche vom Tatgericht festgestellten und zur Grundlage der Kompensation gemachten Belastungen beanstandet werden, die an sich auch für den Strafausspruch bedeutsam sein können. Maßgebend ist insoweit, ob das Tatgericht den fraglichen Umstand ausschließlich für die Kompensation berücksichtigt oder auch für die Strafzumessung herangezogen hat. (Bearbeiter)

**1083. BGH 2 StR 265/15 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Gießen)**

Entpflichtung eines Verteidigers (vom Verteidiger verschuldete wiederholte Fristversäumnis; Wiedereinsetzung hinsichtlich der Revisionsbegründung).

Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK; § 143 StPO

1. Ein Fall des „offenkundigen Mangels“ der Verteidigung durch den Pflichtverteidiger verletzt den Anspruch des Angeklagten auf eine wirksame Verteidigung gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK. Die Verteidigung darf nicht nur formal bestehen.

2. Ist dem Landgericht erkennbar, dass der staatlich bestellte Pflichtverteidiger durch seine Untätigkeit gegen die Gewährleistung aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK verstößt, muss es den Pflichtverteidiger – zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens – entpflichten und einen neuen Pflichtverteidiger beordnen. Ist dies nicht geschehen, ist im Revisionsverfahren – nachdem der Angeklagte nun einen Wahlverteidiger beauftragt hat – von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Frist zur Nachholung der Revisionsbegründung und in die Frist zur Begründung der Revision zu gewähren.

**1032. BGH 2 StR 71/16 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG Gießen)**

Möglichkeit der nachträglichen Berichtigung des Protokolls der Hauptverhandlung.

§ 274 Satz 1 und 2 StPO

1. Durch eine nachträgliche Berichtigung des Protokolls kann nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofes zwar grundsätzlich auch einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge zum Nachteil des Revisionsführers die Tatsachengrundlage entzogen werden.

2. Neben einer ordnungsgemäßen Protokollberichtigung besteht aber grundsätzlich kein Raum mehr dafür, zum Nachteil des Angeklagten freibeweislich über die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten zu befinden. Denn gegenüber einem den Maßstäben des Großen Senats genügenden förmlichen Berichtigungsverfahren bietet das Freibeweisverfahren nur geringere verfahrensrechtliche Sicherungen für die Ermittlung des wahren Sachverhalts.

**1007. BGH 5 StR 338/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Frankfurt (Oder))**

Geständige Einlassung als Grundlage der den Schuldanspruch tragenden Feststellungen („schlankes“ Geständnis in einfach gelagerten Fällen; freie Beweiswürdigung; Zustandekommen im Rahmen einer Verständigung; Überzeugung von der Richtigkeit des Geständnisses; ergänzende Vernehmung des polizeilichen Ermittlungsführers).

§ 261 StPO; § 257c StPO

1. Die Bewertung eines Geständnisses unterfällt dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO. Das Tatgericht muss allerdings, will es die Verurteilung des Angeklagten auf dessen Einlassung stützen, von deren Richtigkeit überzeugt sein. Es ist deshalb stets zu untersuchen, ob das Geständnis den Aufklärungsbedarf hinsichtlich der erforderlichen Feststellungen zur Tat erfüllt, ob es in sich stimmig ist und auch im Hinblick auf sonstige Beweisergebnisse keinen Glaubhaftigkeitsbedenken unterliegt und ob es die getroffenen Feststellungen trägt.

2. Wenn sich der Angeklagte auf der Grundlage einer Absprache geständig eingelassen hat, sind an die Überprüfung dieser Einlassung und deren Darlegung im Urteil regelmäßig keine strengeren Anforderungen zu stellen als bei einem in herkömmlicher Verfahrensweise abgegebenen Geständnis. In jedem Fall müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Würdigung der Beweise auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht, die dem Revisionsgericht eine Überprüfung nach den Maßstäben rationaler Argumentation ermöglicht.

3. Ein sog. „schlankes“ Geständnis, das sich in der Bestätigung des konkreten Anklagesatzes erschöpft, kann insbesondere in einen einfach gelagerten und in zeitlicher Hinsicht nicht weit zurückliegenden Fall der Überprüfung standhalten, soweit plausibel ist, dass der Angeklagte an das erst kurze Zeit zurückliegende Tatgeschehen eine auch in den wesentlichen tatbestandsausfüllenden Einzelheiten genügende Erinnerung hatte.

**1014. BGH AK 47/16 – Beschluss vom 22. September 2016**

Evokationsrecht des Generalbundesanwalts bei terroristisch motiviertem versuchtem Mord an einem Polizis-

ten (besondere Bedeutung; Gesamtwürdigung; Schuld- und Unrechtsgehalt; Signalwirkung; Erscheinungsbild der Bundesrepublik); Mordmerkmale (Heimtücke gegenüber Polizeibeamten im Rahmen einer Personenkontrolle; niedrige Beweggründe bei religiös motivierter Tat); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (Fluchtgefahr; Schwerekriminalität).

§ 211 StGB; § 224 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 Abs. 1 StPO; § 120 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

1. An die Annahme der besonderen Bedeutung im Sinne des § 120 GVG sind mit Blick auf die in der Übernahmeerklärung durch den Generalbundesanwalt liegenden Bestimmung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und des Eingriffs in die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern strenge Anforderungen zu stellen. Eine Katalogtat des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG kann selbst dann, wenn sie nach Schwere oder Umfang erhebliches Unrecht verwirklicht und daher staatliche Sicherheitsinteressen in besonderer Weise beeinträchtigt, nicht allein aus diesem Grund das Evokationsrecht des Generalbundesanwalts begründen.

2. Bei der erforderlichen Gesamtwürdigung sind neben dem individuellen Schuld- und Unrechtsgehalt auch die konkreten Auswirkungen für die innere Sicherheit der Bundesrepublik und ihr Erscheinungsbild gegenüber Staaten mit gleichen Wertvorstellungen in den Blick zu nehmen. Auch ist zu beachten, welche Signalwirkung von der Tat für potentielle Nachahmer ausgeht. Ist eine Gewalttat von einer radikalislamistischen Grundhaltung getragen, kann eine besondere Bedeutung naheliegen, weil solche Taten in den letzten Jahren in der gesamten Bevölkerung Aufsehen, aber auch Verunsicherung hervorgerufen und zu einem allgemeinen Gefühl der Bedrohung geführt haben.

3. Die Arglosigkeit eines (mit einer Schutzweste ausgestatteten) Polizeibeamten im Rahmen einer Personenkontrolle wird nicht ohne weiteres dadurch in Frage gestellt, dass Polizeibeamte generell ein gewisses Misstrauen gegenüber zu kontrollierenden Personen hegen. Denn es kommt insoweit nicht auf ein allgemein begründetes Misstrauen, sondern allein darauf an, ob das Opfer im Tatzeitpunkt mit Feindseligkeiten des Täters rechnet.

**1053. BGH 1 StR 346/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (LG Mannheim)**

Hinweis auf mögliche Bewährungsaufgaben vor einer Verständigung (erforderlicher Umfang des Hinweises). § 257c StPO; § 56 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes muss ein Angeklagter vor einer Verständigung gemäß § 257c StPO, deren Gegenstand die Verhängung einer zur Bewährung auszusetzenden Freiheitsstrafe ist, auf konkret in Betracht kommende Bewährungsaufgaben hingewiesen werden, die nach § 56b Abs. 1 Satz 1 StGB der Genugtuung für das begangene Unrecht dienen und deren Erteilung Voraussetzung für die in Aussicht gestellte Strafaussetzung ist (vgl. BGHSt 59, 172, 174). Nur durch einen solchen vorherigen Hinweis kann sichergestellt werden, dass der Angeklagte vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung informiert ist und er

deshalb autonom darüber entscheiden kann, ob er von seiner Freiheit, die Aussage zu verweigern, Gebrauch macht oder sich auf eine Verständigung einlässt.

2. Danach ist es erforderlich, dass das Gericht vor einer Verständigung offenlegt, dass es die Verhängung einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe allein nicht für ausreichend hält, sondern zur Verwirklichung der Genugtuungsfunktion des Strafverfahrens Bewährungsauflagen in Betracht zieht, die Bestandteil der Rechtsfolgenenerwartung sind und gemäß § 56b Abs. 1 Satz 1 StGB als Genugtuung für begangenes Unrecht eine strafähnliche Sanktion darstellen.

**1016. BGH StB 29/16 – Beschluss vom 22. September 2016**

Dringender Tatverdacht der Verabredung zum Mord; Fortdauer der etwas mehr als dreieinhalb Jahre andauernden Untersuchungshaft während der laufenden Hauptverhandlung (eingeschränkte Nachprüfbarkeit der Beurteilung des Tatverdachts durch das Beschwerdegericht; Anforderungen an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsanspruch des Beschwerdeführers und dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafverfolgung; Beruhen des Verlaufs der Hauptverhandlung zumindest auch auf dem Prozessverhalten der Angeklagten und ihrer Verteidiger).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; § 121 StPO; Art. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 30 StGB; § 211 StGB

1. Bei Anordnung und Fortdauer der Untersuchungshaft ist das in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit in besonderer Weise zu beachten. Der Entzug der Freiheit eines der Straftat lediglich Verdächtigen ist wegen der Unschuldsvermutung, die ihre Wurzel im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG hat und auch in Art. 6 Abs. 2 EMRK ausdrücklich hervorgehoben ist, nur ausnahmsweise zulässig. Dabei muss den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen der Freiheitsanspruch des noch nicht rechtskräftig verurteilten Angeklagten als Korrektiv gegenübergestellt werden, wobei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine maßgebliche Bedeutung zukommt.

2. Das verfassungsrechtlich verankerte Beschleunigungsgebot in Haftsachen verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen. An den zügigen Fortgang des Verfahrens sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die Untersuchungshaft schon andauert.

3. Bei der Prüfung der Fortdauer der Untersuchungshaft ist auch zu berücksichtigen, inwieweit der bisherige konkrete Verlauf der Hauptverhandlung zumindest auch auf dem Prozessverhalten der Angeklagten und ihrer Verteidiger beruht, ohne dass es in diesem Zusammen-

hang maßgeblich darauf ankommt, ob es sich um sachdienliches Verteidigungsverhalten handelt oder dessen Grenzen überschritten sind.

4. Das Beschwerdegericht muss im Haftbeschwerdeverfahren in die Lage versetzt werden, seine Entscheidung über das Rechtsmittel des Angeklagten auf einer hinreichend tragfähigen tatsächlichen Grundlage zu treffen, damit den Anforderungen an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen ausreichend Rechnung getragen werden kann. Dies bedeutet indes nicht, dass das verhandelnde Tatgericht in Fallkonstellationen wie der vorliegenden zu einer umfassenden Darstellung der Würdigung aller bislang erhobenen Beweise verpflichtet ist. Das Haftbeschwerdeverfahren führt insoweit nicht zu einem über die Nachprüfung des dringenden Tatverdachts hinausgehenden Zwischenverfahren, in dem sich das Tatgericht zu Inhalt und Ergebnis aller Beweiserhebungen erklären müsste.

**1046. BGH 1 StR 196/16 – Urteil vom 11. August 2016 (LG Wuppertal)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Voraussetzungen: keine rechtsstaatswidrige Verzögerung, wenn zunächst nur Teile der bestehenden Tatvorwürfe angeklagt werden; Rechtsfolge: Vollstreckungslösung, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Wird bei Anklageerhebung zunächst nur ein Teil der Tatvorwürfe in die Anklageschrift aufgenommen, kann dies hinsichtlich der übrigen eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung darstellen, für die dann bei späterer Aburteilung ein Ausgleich vorzunehmen ist. Andererseits besteht für die Staatsanwaltschaft regelmäßig keine Pflicht, mit der Anklage bezüglich ausermittelter Tatvorwürfe zuzuwarten, bis eine einheitliche Anklageerhebung für alle Tatvorwürfe möglich ist. Letztlich besteht insoweit ein weitgehendes Ermessen der Ermittlungsbehörden.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird ein Verfahrenshindernis durch solche Umstände begründet, die es ausschließen, dass über einen Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf (st. Rspr.). Diese müssen so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muss (vgl. BGHSt 46, 159, 169).

3. Ein durch eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bewirkter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK ist in der Regel durch seine Feststellung und – gegebenenfalls – den Ausspruch, dass ein Teil der Strafe als vollstreckt anzusehen ist, zu kompensieren (st. Rspr.). Dagegen führt die Verletzung des Beschleunigungsgebots nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nicht zu einem Verfahrenshindernis (vgl. BGHSt 46, 159, 169). Lediglich in ganz außergewöhnlichen Sonderfällen, wenn eine angemessene Berücksichtigung des Verstoßes im Rahmen einer Sachentscheidung bei umfassender Gesamtwürdigung nicht mehr in Betracht kommt, kann eine rechtsstaatswidrige Verfahrens-

verzögerung zu einem Verfahrenshindernis führen (vgl. BGHSt 46, 159, 171).

4. Nach dieser „Vollstreckungslösung“ hat der Tatrichter Art und Ausmaß der Verzögerung sowie ihre Ursachen zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen (vgl. BGHSt 52, 124, 146). Der sachlich-rechtlich zu fordernde Erörterungsbedarf darf aber mit Rücksicht auf die vielen denkbaren Verfahrensvorgänge, die für die Entscheidung eine Rolle spielen können, nicht überspannt werden. Es reicht deshalb aus, wenn das Revisionsgericht anhand der Ausführungen im Urteil im Sinne einer Schlüssigkeitsprüfung nachvollziehen kann, ob die festgestellten Umstände die Annahme einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK tragen und sich die Kompensationsentscheidung innerhalb des dem Tatrichter insoweit eingeräumten Bewertungsspielraums hält (vgl. BGH NStZ 2015, 540).

### **1041. BGH 4 StR 263/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Freiburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, den Revisionsvortrag aus anderen Unterlagen jeweils an passender Stelle zu ergänzen und dabei auch noch den Sachzusammenhang selbst herzustellen.

### **1034. BGH 2 ARs 84/16 (2 AR 42/16) – Beschluss vom 27. September 2016**

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof (Offenlassen der Voraussetzungen des entsprechenden Antrags).  
§ 13a StPO; § 14 StPO; § 19 StPO

1. Zwar kann der Bundesgerichtshof in den Fällen des § 14 und § 19 StPO unter den dort im Einzelnen aufgeführten Voraussetzungen bei einem Zuständigkeitsstreit zwischen verschiedenen Gerichten das zuständige Gericht bestimmen. Eine Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs nach den genannten Vorschriften ist jedoch nur begründet, wenn tatsächlich ein Zuständigkeitsstreit vorliegt und der Bundesgerichtshof als gemeinschaftliches oberes Gericht zu einer Entscheidung dieses Zuständigkeitsstreits berufen ist.

2. Es bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen neben den an dem Zuständigkeitsstreit beteiligten Gerichten und Staatsanwaltschaften ein Betroffener mit der Behauptung, durch einen Zuständigkeitsstreit in seinen Rechten verletzt zu sein, sich unmittelbar an den Bundesgerichtshof wenden kann. Ein Tätigwerden des Bundesgerichtshofs ist nur veranlasst, wenn sich dem Vorbringen des Antragstellers Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, dass tatsächlich ein Zuständigkeitsstreit zwischen verschiedenen Gerichten besteht, und der Bundesgerichtshof als gemeinschaftliches oberes Gericht zur Entscheidung berufen sein kann.

### **1043. BGH 4 StR 330/16 – Beschluss vom 15. September 2016 (LG Offenburg)**

Änderung des Urteils hinsichtlich der Entscheidung über den Adhäsionsantrag; Zulässigkeit der Vernehmung nichtrichterlicher Verhörspersonen oder Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls.

§ 252 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

Wegen des Verwertungsverbotes des § 252 StPO ist eine Vernehmung von nichtrichterlichen Verhörspersonen oder eine Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls nach § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO erst dann zulässig, wenn Gewissheit darüber besteht, dass der Zeugnisverweigerungsberechtigte zur Aussage bereit ist. Dies ist nach den Maßstäben des Freibeweises zu prüfen, nach denen eine weitere Erforschung der prozessual bedeutsamen Tatsachen jedenfalls dann nicht geboten ist, wenn aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles ein sicherer Schluss darauf möglich ist, dass der Zeuge von seinem Recht zur Zeugnisverweigerung keinen Gebrauch machen will.

### **1055. BGH 2 StR 101/16 – Urteil vom 7. September 2016 (LG Aachen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung; Umgang mit nicht widerlegbaren Einlassungen des Angeklagten).  
§ 261 StPO

Einlassungen, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine objektiven Anhaltspunkte gibt, sind nicht ohne Weiteres als unwiderlegbar hinzunehmen und den Feststellungen zugrunde zu legen. Das Tatgericht hat vielmehr auf der Grundlage des gesamten Beweisergebnisses darüber zu entscheiden, ob derartige Angaben geeignet sind, seine Überzeugungsbildung zu beeinflussen.

### **1023. BGH 2 StR 25/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Hanau)**

Nachträglicher Bildung der Gesamtstrafe (maßgeblicher Vollstreckungsstand).  
§ 55 StGB

Bei Zurückverweisung einer Sache durch das Revisionsgericht kommt es auf den Vollstreckungsstand im Zeitpunkt des ersten tatrichterlichen Urteils an. Eine erst danach eingetretene Erledigung einer Strafe steht deren Einbeziehung nicht entgegen.

### **1099. BGH 2 ARs 211/16 (2 AR 103/16) – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Potsdam)**

Aussetzung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (zuständige Strafvollstreckungskammer: Begriff des Aufgenommenseins in einer Justizvollzugsanstalt; Zuständigkeitsbestimmung durch gemeinschaftliches oberes Gericht: nur bei Zuständigkeit eines der streitenden Gerichte).  
§ 454 Abs. 1 Satz 1 StPO § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO;  
§ 14 StPO

1. „Aufgenommen“ im Sinne des § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO ist ein Verurteilter, wenn er sich in der betreffenden Vollzugseinrichtung tatsächlich und nicht nur vorübergehend, wie etwa im Rahmen einer Verschiebung, zum Zwecke einer medizinischen Untersuchung oder zum

Zwecke einer vorübergehenden medizinischen Behandlung aufhält.

2. In einem Streit gemäß § 14 StPO kann der Bundesgerichtshof nur eines der streitenden Gerichte als zuständi-

ges Gericht bestimmen. Die Bestimmung muss unterbleiben, wenn keines der bislang am Streit beteiligten Gerichte zuständig ist (vgl. BGH NStZ 2010, 110).

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**1094. BGH 2 StR 520/15 – Urteil vom 29. Juni 2016 (LG Koblenz)**

Gründungsschwindel (falsche Angaben über die Erhöhung des Stammkapitals: Verschweigen der fehlenden Verfügungsmöglichkeit der Gesellschaft); Begriff der prozessualen Tat (einheitliche Tat des uneigentlichen Organisationsdelikts; Beschreibung der Tat in der Anklageschrift; Kognitionspflicht des Gerichts); Betrug (Lastschriftenreiterei: Täuschung über den Zweck der Lastschrift); Bankrott (Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen: Begriff, Verhältnis zur Gläubigerbegünstigung).

§ 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG; § 264 Abs. 1 StPO; § 200 Abs. 1 StPO; § 52 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 283c Abs. 1 StGB

1. § 82 GmbHG soll jeden, der mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung treten will, vor Täuschungen schützen und ihm die Möglichkeit geben, sich durch Einsicht in das Handelsregister und dessen Unterlagen über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu unterrichten. Werden erhebliche Umstände verschwiegen, wird die Äußerung insgesamt falsch. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Richtigkeit einer Angabe ist der Eingang beim Registergericht. Wenn die Angabe zu dieser Zeit nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, ist sie falsch im Sinne von § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG.

2. Eine Falschangabe gegenüber dem Registergericht im Sinne von § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG liegt dann vor, wenn die Gesellschaft letztlich nur die Durchgangsstation einer Leistung des Inferenten an einen Gesellschaftsgläubiger ist, bei der jede Einwirkungsmöglichkeit der Geschäftsführung ausgeschlossen wird. Dies ist auch der Fall, wenn der Geschäftsführer nicht über die Anlage verfügen kann, weil die kreditgebende Bank eine Verfügung über die auf dem Geschäftskonto gut geschriebene Beträge zu anderen Zwecken als zur Rückführung einer Verbindlichkeit verhindert.

3. Hat bei einer durch mehrere Personen ausgeführten Deliktsserie ein Tatbeteiligter einen Beitrag zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung einer auf die Begehung von Straftaten ausgerichteten Struktur erbracht, sind Einzeltaten zu einem uneigentlichen Organisationsdelikt zusammenzufassen, durch welches sie für den im Hintergrund Tätigen zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengeführt werden. Von dieser Handlungseinheit

ausgenommen sind nur die Einzeldelikte, an denen der Täter individuell mitgewirkt hat. Diese sind ihm tatmehrheitlich zuzurechnen (vgl. BGH NStZ 2010, 103 f). Die einheitliche Tat des Organisationsdelikts bildet aber auch eine Tat im prozessualen Sinn, die durch Anklageerhebung der Kognition des Gerichts gemäß § 264 Abs. 1 StPO unterworfen wird.

4. Zur Erfüllung der Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift ist es bei einem „uneigentlichen Organisationsdelikt“, bei dem einem in leitender Funktion des Unternehmens Tätigen die Ausführungshandlungen der Mitarbeiter zugerechnet werden, nicht erforderlich, sämtliche Handlungen im Einzelnen in der Anklageschrift mitzuteilen (vgl. BGHSt 57, 88, 94).

5. Lastschriftenreiterei mit dem Ziel einer Kreditbeschaffung durch Lastschriften, denen keine Forderungen zu Grunde liegen, ist mit dem Wesen des Lastschriftverfahrens generell nicht zu vereinbaren (vgl. Senat, Urteil vom 15. Juni 2005 – 2 StR 30/05, BGHSt 50, 147, 154 mwN). Den Zahlungsempfänger trifft deshalb eine Aufklärungspflicht, wenn Lastschriften atypisch verwendet werden. Erfüllt er diese Aufklärungspflicht nicht, liegt Betrug zum Nachteil der ersten Inkassostelle vor, wenn dort ein Irrtum erregt und deshalb eine Vermögensverfügung verursacht wird, die bei der ersten Inkassostelle einen Vermögensschaden verursacht, versuchter Betrug dagegen, wenn der Täter einen Irrtum zu erregen glaubt, aber der Bankmitarbeiter die Umstände bereits kennt und aus anderen Gründen die Vermögensverfügung vornimmt.

6. Ein Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen, die sonst in die Insolvenzmasse geflossen wären, liegt im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB vor, wenn ein Schuldner einen zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand dem alsbaldigen Gläubigerzugriff entzieht oder den Zugriff wesentlich erschwert. Eine Vereitelung des Gläubigerzugriffs durch Änderung der rechtlichen Zuordnung ist auch bei der Übereignung eines Gegenstandes anzunehmen, ferner bei der Abtretung einer Forderung oder bei einer Verpfändung, wenn auf diese Leistung zu diesem Zeitpunkt und in der konkreten Art kein Anspruch bestand (vgl. BGHSt 8, 55, 56).

7. Im Fall der Bestellung einer Grundschuld mit höherem Wert als die zu sichernde Forderung geht die Regelung

des § 283c StGB vor. Im Verhältnis zu § 283 Abs. 1 Nr. 1 stellt § 283c StGB eine Privilegierung dar.

**1018. BGH 1 StR 19/16 – Beschluss vom 27. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Gewerbsmäßiger Schmuggel; Steuerhinterziehung (Entnahme aus einem Steuerlager; Steuerbarkeit von Wasserpfeifentabak bei Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften; Tabaksteuer); gewerbsmäßige Steuerhehlerei.

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; 373 Abs. 1 AO; § 374 Abs. 1 und 2 AO; § 1 Abs. 2 und 8 TabStG

1. Wasserpfeifentabak unterfällt grundsätzlich der Tabaksteuerpflicht. Er verliert auch durch Beimischung anderer Stoffe nicht seine Eigenschaft als Tabakware, wenn er sich weiterhin ohne weitere industrielle Bearbeitung zum Rauchen eignet. Dies ergibt sich bereits aus § 1 Abs. 8 Satz 1 TabStG, wonach auch solche Erzeugnisse als Zigaretten oder Rauchtobak gelten, die statt aus Tabak ganz oder teilweise aus anderen Stoffen bestehen, sofern die weiteren Voraussetzungen nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 TabStG erfüllt sind.

2. Für die Steuerbarkeit des Wasserpfeifentabaks ist es unerheblich, ob dieser über einen höheren Anteil an Feuchthaltemitteln verfügt, als lebensmittelrechtlich zulässig ist. Die Vorschriften, die sich mit der lebensmittelrechtlichen Zusammensetzung von Tabakerzeugnissen zum Schutz der Gesundheit der Verbraucher beschäftigen, wie das Tabakerzeugnisgesetz, haben eine gänzlich andere Zielrichtung als das TabStG. Dass ein Tabakerzeugnis lebensmittelrechtlich einwandfrei ist, ist nach dem TabStG nicht Voraussetzung der Steuerbarkeit (vgl. § 1 TabStG).

3. Eines Vorabentscheidungsverfahrens beim Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV bedarf es insoweit nicht, denn die Rechtsfrage ist auch vor dem Hintergrund des harmonisierten Verbrauchssteuerrechts vorliegend eindeutig und zweifelsfrei zu beantworten („acte claire“).

4. Eine mehrfache Verurteilung wegen Steuerhinterziehung in Bezug auf dasselbe Steuersubstrat ist nicht möglich. Erfolgt keine rechtliche, sondern lediglich eine tatsächliche Aufnahme von un versteuertem Tabak in ein Steuerlager, nachdem bereits bei der Einfuhr in das Zollgebiet Tabaksteuer angefallen war, kann mit der rein körperlichen Entnahme der nicht gestellten Menge aus dem Steuerlager nicht erneut Tabaksteuer anfallen. Aus § 15 Abs. 3 Nr. 2 TabStG ergibt sich nichts anderes.

**1022. BGH 1 StR 575/15 – Urteil vom 6. September 2016 (LG München I)**

Steuerhinterziehung (Berücksichtigung ausländischer Steuerzahlungen von Scheingesellschaften; selbstständige Betätigung und Leistung im Sinne des EStG; taugliche Täter); Voraussetzungen der Verwirklichung eines Regelbeispiels durch einen Teilnehmer (Anwendbarkeit einer alten Fassung des Tatbestandes).

§ 370 Abs. 1 und 3 AO; § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG; § 22 Nr. 3 EStG; § 2 Abs. 1 und 2 StGB; § 8 StGB

1. Entrichtet eine im Ausland gegründete Gesellschaft, welche nur den falschen Anschein einer Geschäftstätigkeit hervorrufen soll, dort Körperschaftssteuer, vermindert diese nicht die Höhe der im Inland durch den Täter verkürzten Einkommensteuer. Sie ist auch kein tauglicher Strafzumessungsgesichtspunkt, da sie lediglich zu den Kosten gehört, die auf der vom Täter aufgebauten, der Hinterziehung seiner Einkommensteuer dienenden, Scheinkonstruktion beruhen.

2. Es ist rechtsfehlerhaft, bei der Annahme eines besonders schweren Falles der Steuerhinterziehung allein an das vom Haupttäter verwirklichte Regelbeispiel der Steuerverkürzung in großem Ausmaß anzuknüpfen. Ob die Voraussetzungen für die Annahme eines besonders schweren Falles (innerhalb oder außerhalb der Regelbeispiele) erfüllt sind, ist bei mehreren Tatbeteiligten für jeden von ihnen gesondert zu prüfen. Das Ergebnis richtet sich – wenn auch unter Berücksichtigung der Tat des oder der anderen Beteiligten – jeweils nach dem Tatbeitrag und der Person des Teilnehmers, dessen Strafe zugemessen werden soll. Für die Bewertung der Tat des Gehilfen und den zugrunde zu legenden Strafraum ist somit entscheidend, ob sich die Beihilfe selbst – bei Berücksichtigung des Gewichts der Haupttat – als besonders schwerer Fall darstellt.

3. Der Annahme einer selbständigen Betätigung im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG steht nicht entgegen, dass der Täter sich in einem Anstellungsverhältnis befindet, wenn das betroffene Verhalten nicht aufgrund arbeitsrechtlicher Weisung und nicht in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag erfolgt, sondern aus eigenem Antrieb und außerhalb der zwischen ihm und Arbeitgeber bestehenden Rechtsbeziehung.

4. Eine Leistung im Sinne des § 22 Nr. 3 EStG ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ein Tun, Dulden oder Unterlassen, das Gegenstand eines entgeltlichen Vorgangs sein kann und eine Gegenleistung auslöst.

5. Täter einer Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO kann nicht nur der Steuerschuldner, sondern jedermann sein, sofern er die Voraussetzungen erfüllt, die das Gesetz an die Täterschaft stellt. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ist kein Sonderdelikt, das nur durch den Erklärungs-pflichtigen als Täter begangen werden kann. Die im Einzelfall bestehende Steuerpflicht ist kein besonderes persönliches Merkmal, das die Strafbarkeit des Täters gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO begründet. Eine Milderung über § 28 Abs. 1 StGB kommt darum nicht in Betracht.

**1069. BGH 4 ARs 21/15 – Beschluss vom 1. September 2016**

Vorlageverfahren; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit).

§ 132 Abs. 2 GVG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

Die beabsichtigte Entscheidung des 3. Strafsenats widerspricht der Rechtsprechung des 4. Strafsenats, der an dieser festhält. Danach verbinden sowohl der Transport des Kaufgeldes für die erste als auch der Übernahme der weiteren Betäubungsmittelmengende dienende Aufsuchen

des Lieferanten als auch die Bezahlung einer zuvor auf ‚Kommission‘ erhaltenen Betäubungsmittelmenge bei Gelegenheit der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im materiellrechtlichen Sinn.

**998. BGH 3 StR 195/16 – Beschluss vom 26. Juli 2016 (LG Wuppertal)**

Kein Beleg der mittäterschaftlichen Einfuhr von Betäubungsmitteln durch die getroffenen Feststellungen (Täterschaft trotz fehlender eigenhändiger Verbringung ins Inland; Tatherrschaft; Wille zur Tatherrschaft; Gewicht des Tatbeitrags; Tatinteresse; Übergabe von Reisespesen an einen Beteiligten; zukzessive Beteiligung; Beendigungszeitpunkt).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

1. Besteht der maßgebliche Beitrag zu einer Betäubungsmittelfuhr darin, dass dem unmittelbar Handelnden Beteiligten Reisespesen übergeben werden, begründet dies unbeschadet eines etwaigen Tatinteresses jedenfalls dann in der Regel keine (Mit-)Täterschaft bzgl. der Einfuhr, wenn dabei lediglich der Auftrag einer weiteren ortsabwesenden Person ausgeführt wird. Unter diesen Umständen lässt die Übergabe der Reisespesen Tatherrschaft oder den Willen hierzu regelmäßig nicht erkennen.

2. Die Einfuhr von Betäubungsmitteln ist beendet, wenn das eingeführte Rauschgift im Inland in Sicherheit gebracht und damit zur Ruhe gekommen ist oder die Strafverfolgungsbehörden nach Vollendung der Einfuhr die Tat aufdecken und verhindern, dass das Rauschgift seinem geplanten Verwendungszweck zugeführt wird.

**1067. BGH 4 StR 297/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Frankenthal)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei Kuriertätigkeiten).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

1. Ein Kurier ist als Gehilfe des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge einzuordnen, wenn die Tathandlung sich auf den Transport von Betäubungsmitteln zwischen selbständig handelnden Lieferanten und Abnehmern beschränkt und der Beteiligte nicht in der Lage ist, das Geschäft insgesamt maßgeblich mitzugestalten.

2. Als mittäterschaftliches Handeltreiben kann eine Kuriertätigkeit demgegenüber einzuordnen sein, wenn der Beteiligte über den reinen Transport hinaus erhebliche Tätigkeiten entfaltet. Solche Tätigkeiten können beispielsweise bei der Einbindung des Kuriers in den An- oder Verkauf der Betäubungsmittel, bei einer weiterreichenden Einflussmöglichkeit des Kuriers auf Art und Menge der transportierten Betäubungsmittel oder wenn der Kurier die transportierten Drogen am Zielort aufzubewahren, zu portionieren, chemisch umzuwandeln oder zu verpacken hat, anzunehmen sein. Beschränkt sich der Tatbeitrag eines Drogenkuriers auf den bloßen Transport von Betäubungsmitteln, liegt selbst dann keine Täter-

schaft vor, wenn ihm faktische Handlungsspielräume hinsichtlich der Art und Weise des Transports verbleiben.

**1087. BGH 2 StR 406/15 – Urteil vom 18. Mai 2016 (LG Gera)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bei Mitsichführen einer Waffe (Verwirklichung der Qualifikation bei einem einzelnen Handeltreiben mit geringer Menge).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Setzt sich die Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es zur Tatbestandserfüllung des bewaffneten Handeltreibens aus, wenn der qualifizierende Umstand nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist (vgl. BGHSt 43, 8, 10). Stellt sich die Übergabe einer möglicherweise lediglich geringen Menge von Betäubungsmitteln als Teilobjekt eines zuvor verabredeten Handelsgeschäfts über eine nicht geringe Menge dar, ist damit der Anwendungsbereich des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG eröffnet.

**1074. BGH 1 StR 5/16 – Urteil vom 28. Juni 2016 (LG Traunstein)**

Verantwortlichkeit eines Jugendlichen (Voraussetzungen); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Gefährlichkeitsprognose).

§ 3 Satz 1 JGG; § 63 StGB

Nach § 3 Satz 1 JGG ist ein Jugendlicher strafrechtlich verantwortlich, wenn positiv feststeht, dass er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug gewesen ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Ob die erforderliche Verantwortungsreife gegeben ist, hat der Tatrichter auf der Grundlage seiner Feststellungen zur persönlichen Entwicklung des Jugendlichen, zu dessen Persönlichkeit zur Tatzeit und den Umständen der konkreten Tat – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – wertend zu beurteilen. Kann die nach § 3 Satz 1 JGG erforderliche Einsichts- und Handlungsreife nicht sicher festgestellt werden, scheidet ein Schuldspruch aus (vgl. BGH NStZ 2013, 286).

**1077. BGH 1 StR 95/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Bemessung von Jugendstrafe (Abwägung von Tatunrecht und Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Jugendlichen).

§ 18 Abs. 2 JGG

1. Auch bei einer wegen der Schwere der Schuld verhängten Jugendstrafe ist gemäß § 18 Abs. 2 JGG die Höhe der Strafe so zu bemessen, dass die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist. Grundsätzlich ist zwar die in den gesetzlichen Regelungen des allgemeinen Strafrechts zum Ausdruck gelangende Bewertung des Ausmaßes des in einer Straftat hervorgetretenen Unrechts auch bei der Bestimmung der Höhe der Jugendstrafe zu berücksichtigen. Keinesfalls darf aber die Begründung wesentlich oder gar ausschließlich nach solchen Zumesungserwägungen vorgenommen werden, die auch bei Erwachsenen in Betracht kommen. Die Bemessung der

Jugendstrafe erfordert vielmehr von der Jugendkammer, das Gewicht des Tatunrechts gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden abzuwägen. Denn auch bei einer wegen der Schwere der Schuld verhängten Jugendstrafe bemisst sich ihre Höhe vorrangig nach erzieherischen Gesichtspunkten. Die Urteilsgründe müssen daher in jedem Fall erkennen lassen, dass dem Erziehungsgedanken die ihm zukom-

mende Beachtung geschenkt worden ist (vgl. BGH NStZ 2016, 105).

2. Dabei bedarf es unter anderem der Erörterung, welche erzieherischen Wirkungen eine eventuell vollzogene Untersuchungshaft auf den Angeklagten gehabt hat (vgl. BGH StV 1986, 68).

## Aufsätze und Anmerkungen

# Ist § 275 Abs. 2 S. 2 StPO verfassungswidrig?

## Ein Lehrstück zu Auslegung, Gesetzesbindung und Gewaltenteilung

Von RiAG Dr. Lorenz Leitmeier, München

Richter am BGH *Mosbacher* besprach in der Ausbildungszeitschrift *Juristische Schulung*<sup>1</sup> ein Urteil des BGH vom 17.2.2016<sup>2</sup> und stellte als „Besonderheit“ dar, dass es bei den Unterschriften der Richter unter dem Urteil heiße: „Ri'inBGH xxx ist verhindert“, gefolgt von der Unterschrift des Vorsitzenden. Dies sei rechtsfehlerhaft: „Vorliegend wurde lediglich die Tatsache der Verhinderung, aber nicht deren Grund angegeben.“<sup>3</sup> § 275 Abs. 2 S. 2 StPO verlange aber genau dies. Liest man das Urteil nach, ist tatsächlich nicht ersichtlich, warum die betreffende Richterin an der Unterschrift verhindert war.

Über das besprochene Urteil hinaus monierte *Mosbacher*, dass dieses Vorgehen mehr und mehr Praxis werde. Die Angabe, warum einzelne Richter(innen) ein Urteil nicht unterschreiben könnten, werde öfter weggelassen: „Dies geschieht entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut jedenfalls bei einzelnen Strafsenaten des BGH in letzter Zeit häufiger, ohne dass ein Grund hierfür ersichtlich wäre.“<sup>4</sup>

In seiner Kolumne auf Zeit-Online, ironischerweise beim Themenkomplex „Rechtsbeugung“ angekommen<sup>5</sup>, fragte daraufhin *Thomas Fischer*, gewohnt zugespitzt: „Skandal am BGH?“, gab sich (für das breite Publikum) als der „gesuchte“ Vorsitzende zu erkennen und erklärte, warum er (häufig? manchmal? oft?) § 275 Abs. 2 S. 2 StPO zu einem Teil nicht anwende (die Verhinderung vermerkt er, den Grund aber lässt er weg) und damit im Ergebnis offensichtlich bewusst den Wortlaut einer strafprozessualen Vorschrift missachte.

Diese Rechtsfrage ist natürlich nicht auf den BGH beschränkt: Wie könnte man das, was einzelne Vorsitzende am BGH praktizieren, den Richtern in den Tatsacheninstanzen versagen? Wenn am BGH kein Verhinderungsgrund mehr angegeben wird – warum sollte dies ein Vorsitzender Richter am Landgericht tun? Oder an einem Zivilgericht (§ 315 Abs. 1 ZPO), Verwaltungsgericht (§ 117 Abs. 1 VwGO), Finanzgericht (§ 105 Abs. 1 FGO)?

Und wenn der eine Vorsitzende Richter den Verhinderungsgrund angibt, der andere Vorsitzende nicht – besteht dann ein freies Ermessen? Ist es dem einzelnen Richter überlassen, ob er den Wortlaut beachtet oder nicht?

Dies alles sind, weit über den Einzelfall hinaus, zunächst interessante methodische, dann ernste verfassungsrechtliche Fragen, denn: „Methodenfragen sind Verfassungsfragen“<sup>6</sup>.

Und so ist dieser über die Fachpresse und das Internet geführte Dialog ein Lehrstück über die Auslegung einer strafprozessualen Vorschrift, die Gesetzesbindung von Richtern und letztlich über die Gewaltenteilung.

## I. Die umstrittene Vorschrift

Schlägt man § 275 Abs. 2 StPO auf, liest man:

„Das Urteil ist von den Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter der Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen

<sup>1</sup> JuS 2016, 706-711.

<sup>2</sup> 2 StR 25/15 = HRRS 2016 Nr. 585; im Beitrag von *Mosbacher* fälschlich mit dem Az. „25/12“ angegeben, zudem an einer Stelle als „Beschluss“ bezeichnet.

<sup>3</sup> Jus 2016, 707.

<sup>4</sup> Jus 2016, 707.

<sup>5</sup> <http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-09/rechtsbeugung-fehlerurteile-fischer-im-recht>.

<sup>6</sup> *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, Vorwort.

*Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urteil vermerkt. Der Unterschrift der Schöffen bedarf es nicht.“*

Bei unbefangener Lesart müssen nach dieser Vorschrift also alle Berufsrichter, die an einem Urteil mitwirken, unterschreiben. Ist eine(r) an der Unterschrift gehindert, vermerkt der Vorsitzende dies, und zwar „unter der Angabe des Verhinderungsgrundes“. Der Vorsitzende muss also schreiben: „Richter X ist wegen Urlaubs (Krankheit/ Dienstreise etc.) verhindert“, es reicht nicht aus, wenn er lediglich vermerkt: „Richter X ist verhindert.“

Auch *Fischer* selbst hält § 275 Abs. 2 StPO zunächst für unproblematisch:

*„Klarer Fall, so scheint es. Mit ihrer Unterschrift bestätigen die mitwirkenden Richter, dass die schriftlichen Urteils- oder Beschlussgründe die mehrheitlich beschlossenen sind (also nicht, dass die Gründe ihre – geheime – Abstimmungsmeinung wiedergeben). Ist einer der Richter aus ‘tatsächlichen’ (Urlaub, Krankheit) oder aus ‘rechtlichen’ (Pensionierung, Versetzung) Gründen an der Unterschrift gehindert, muss der Vorsitzende den ‘Verhinderungsvermerk’ anbringen. Das ist keine ‘Vertretung’, sondern eine Art Bescheinigung. Allgemein üblich ist es zu schreiben: ‘wegen Krankheit’, ‘wegen Urlaubs’, ‘wegen Dienstreise’.“*

Warum also hält sich *Fischer* nicht daran, was die Vorschrift anscheinend zwingend fordert?

Er nennt mehrere Gründe: Erstens gelte § 275 Abs. 2 S. 2 StPO nicht oder jedenfalls nur eingeschränkt für den BGH, weil der keine Fristen einzuhalten habe. Zudem lege die Geschäftsordnung des BGH fest, dass Beschlüsse nicht von allen Richtern unterschrieben werden müssten. Und schließlich hätten die Kollegen ein informationelles Selbstbestimmungsrecht und müssten nicht hinnehmen, dass der Verhinderungsgrund bekannt werde.

Kann man mit diesen Argumenten tatsächlich (oder muss man sogar?) den Gesetzeswortlaut „unter der Angabe des Verhinderungsgrundes“ interpretieren als „ohne die Angabe des Verhinderungsgrundes“?

## II. Gesetzesbindung der Richter

In der Theorie ist die Sache klar, es gilt Art. 20 Abs. 3 GG: Der Gesetzgeber beschließt die Gesetze, der Richter wendet sie auf den Einzelfall an. Das ist der Kern der Gewaltenteilung, zentrale Säule unseres Rechtsstaats. Wenn ein Richter ein Gesetz für unzumutbar, unpraktisch oder unwichtig findet, muss er es dennoch (unwillig) anwenden.

Die entscheidende Frage im Einzelfall ist freilich immer: Wird dem Gesetz strenger Gehorsam geschuldet, weil die Rechtsfrage (des Einzelfalls) entschieden ist? Oder hat der Richter einen Spielraum, weil das Gesetz einer (mehr oder weniger) weiten Interpretation zugänglich ist? Was dürfen die „Pianisten“ mit dem „Notenblatt“ des Gesetzgebers zulässigerweise noch machen, ab wann setzen sie

ihre eigenen Wertvorstellungen an diejenige des Gesetzgebers? Die Literatur dazu füllt Bibliotheken.<sup>7</sup>

Unstreitig ist aber, dass der Richter die verfassungsrechtliche Grenze überschreitet, wenn er Gesetze beiseiteschiebt. Legt der Bundestag (unter Beteiligung des Bundesrats) in § 275 Abs. 2 S. 2 StPO fest, dass bei fehlenden Unterschriften von Berufsrichtern ein Verhinderungsgrund anzugeben ist, muss sich ein Vorsitzender Richter also im Kern daran halten. Ihn hat niemand gewählt, er ist nicht legitimiert, Gesetze zu gestalten. Ignoriert er (teilweise) den Wortlaut eines Gesetzes, braucht er sehr gute Gründe.

Schafft es *Fischer* also rechtlich überzeugend, das glatte Gegenteil des Wortlauts zu machen und dadurch die ganz hohe Kunst auszuüben – oder muss er sich fragen lassen, ob er eine formale Vorschrift subjektiv materialisiert, dem Gesetz den geschuldeten Gehorsam verweigert und dadurch seine Befugnisse überschreitet? Wird er zum Richteroligarchen, der nach eigenem Gutdünken Recht setzt und ändert?<sup>8</sup>

Im folgenden sind die Gründe, die *Fischer* für sein Vorgehen angibt, im einzelnen zu prüfen.

## III. Höchste Auslegungskunst oder Anmaßung?

### 1. Kein Revisionsgrund

*Fischer* führt zunächst an:

*„War der Richter in Wahrheit gar nicht ‘verhindert’, schlägt beim Tatgericht (§ 275 StPO) der absolute Revisionsgrund des Paragraphen 338 Nr. 7 Strafprozessordnung zu. Die entsprechende Rüge lautet dann aber nicht: ‘Der Verhinderungsvermerk enthält keinen Grund’. Sondern: ‘Das Urteil ist nicht mit den vorgeschriebenen Unterschriften rechtzeitig zur Geschäftsstelle gelangt. Der als verhindert bezeichnete Richter X war gar nicht verhindert’. Dieser revisionsrechtlich wichtige Unterschied hätte den kritischen Kollegen aus dem 1. Strafsenat auf die Spur eines Grundes führen können.“*

*Trifft die genannte Rügebehauptung zu, wird das Urteil aufgehoben. Ob sie zutrifft, ist aufzuklären: Dann werden Dienstliche Erklärungen, Ärztliche Atteste, Reisebescheinigungen, Versetzungsverfügungen beigezogen. Es geht für die Revisionsrüge nämlich allein darum, ob der Verhinderungsvermerk inhaltlich richtig ist, der Richter also tatsächlich verhindert war; es geht nicht darum, ob die Begründung korrekt angegeben war. Die Revisionsrüge ist unbegründet, wenn zwar der Vermerk ‘wegen*

<sup>7</sup> Nur *Hirsch*, Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtserschöpfung, 2003; *Schmitt*, Gesetz und Urteil, 2. Aufl., 1969, insbes. S. 91ff.; *Flume*, Richter und Recht, Schlussvortrag zum 46. DJT 1966 (1967) K5; *Roellecke*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVdStRL 34 (1975), 7; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1978. Auf einen konkreten (zivilrechtlichen) Fall bezogen vgl. *Rieble* NJW 2011, 819.

<sup>8</sup> Zur leidenschaftlichen Kritik daran *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014; *Rüthers* JZ 2002, 365; *Rüthers* JZ 2008, 446.

*Krankheit' unzutreffend ist, der Richter aber tatsächlich verhindert war, beispielsweise wegen Versetzung.“*

Diese Ausführungen sind selbstredend richtig, gehen aber am Kern des Vorwurfs vorbei: Die Frage ist nicht, ob ein Verstoß gegen § 275 Abs. 2 StPO revisibel ist – die Frage ist, ob § 275 Abs. 2 StPO korrekt angewendet wird. Ob ein Richter einen Rechtsfehler begeht, ist zu trennen von der Frage, ob dieser Rechtsfehler durch eine Revision angreifbar ist.<sup>9</sup> Oder was sollte man von einem Vorsitzenden halten, der tatverdächtige Zeugen über ihr Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO bewusst nicht belehrt, weil ein Verstoß dagegen den Rechtskreis des Angeklagten nicht berührt<sup>10</sup> und deshalb jedenfalls nach herrschender Meinung nicht revisibel ist<sup>11</sup>?

Auch verfehlt Fischer den Punkt, wenn er schreibt:

*„In 65 Jahren BGH-Historie hat daher noch niemand gerügt, ein Verhinderungsvermerk des BGH sei falsch. Wo sollte man das auch rügen? Mit der Frage des Gesetzlichen Richters (und daher mit dem Verfassungsrecht) hat es nichts zu tun. Woher also rührt die Sorge des Kritikers?“*

Es ist irrelevant, dass ein Verstoß eines BGH-Vorsitzenden selbstverständlich nicht revisibel ist – wenn § 275 StPO für den BGH gilt (was zu klären ist), dann muss er korrekt angewendet werden.

Und Verfassungsrecht ist deshalb sehr wohl betroffen: Zwar nicht, weil ein anderer als der gesetzliche Richter geurteilt hätte, aber deshalb, weil der gesetzliche Richter seine Kompetenzen überschreitet.

Der BGH stellte schon vor 30 Jahren fest: *„Die Angabe des Verhinderungsgrundes wird somit – anders als zum Beispiel im Falle des § 271 Abs. 2 StPO – vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben.“*<sup>12</sup>

Natürlich bleibt es ohne große Auswirkung, wenn der Verhinderungsgrund fehlt. Entscheidend aber ist, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber es so normiert hat und kein Richter befugt ist, davon ohne zwingende rechtliche Gründe abzuweichen. Und wer § 275 Abs. 2 StPO für eine unwichtige Ordnungsvorschrift und die Angabe des Verhinderungsgrundes für belanglos hält, verkennt, dass auch (gerade!) die Einhaltung von Formalien Legitimität erzeugt; außerdem muss er die Frage beantworten: Wo ist die Grenze? Darf ein Richter auch die allgemeine Belehrung eines Zeugen über seine Wahrheitspflicht unterlassen, weil § 57 StPO eine bloße Ordnungsvorschrift ist und eine Revision nicht begründet<sup>13</sup>? Weil doch ohnehin jeder weiß, dass man vor Gericht nicht lügen darf?

Die Gefahr ist die schleichende Entformalisierung des Strafrechts. Die StPO ist „geronnenes Verfassungs-

recht“<sup>14</sup>, Prozessrecht allgemein ist formalisiertes Recht<sup>15</sup>, ein Gerichtsverfahren zu führen – und zu beenden. Richter müssen ohnehin fortlaufend die unbestimmten (meist materiellen) Normen interpretieren; wenn sie aber anfangen, auch eindeutige und klar bestimmte Vorschriften abweichend zu interpretieren und anzuwenden, ist das rechtsstaatlich bedenklich.

## 2. Geschäftsordnung des BGH

Fischer führt weiter an, dass § 275 Abs. 2 StPO für den BGH nicht (oder nur eingeschränkt) gelte, und durch die Geschäftsordnung des BGH abgeändert werde:

*„Beim Bundesgerichtshof unterschreiben alle Entscheidungen immer alle mitwirkenden Richter. Sie müssten dies freilich nicht tun. Die Geschäftsordnung des BGH vom 3. März 1952 ordnet nämlich an:*

*‘Beschlüsse, die aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergehen, sollen die Namen der Richter, die daran mitgewirkt haben, enthalten und sind von ihnen zu unterzeichnen. Bei anderen Beschlüssen genügt die Unterzeichnung durch den Berichterstatter und den Vorsitzenden.’*

*Der Grund für diese von Paragraph 275 StPO abweichende Regelung ist, dass diese Vorschrift für den BGH gar nicht oder allenfalls eingeschränkt gilt. Der BGH hat nämlich bei der Absetzung von Urteils- oder Beschlussgründen keine Fristen einzuhalten.“*

Der Hinweis auf die Geschäftsordnung des BGH verfängt allerdings aus mehreren Gründen nicht:

### a) Keine Geltung von § 275 Abs. 2 StPO für den BGH?

Nach allgemeiner Meinung gilt § 275 Abs. 2 StPO auch für Urteile des Revisionsgerichts<sup>16</sup>, damit nicht nur für die Tatsachengerichte, sondern auch den BGH. So heißt es beispielsweise in einem führenden Kommentar:

*„Die Anwendung der Fristbestimmungen (§ 275 Abs. 1 S. 2-4 StPO) geht bei Revisionsurteilen freilich ins Leere, da ein weiteres Rechtsmittel nicht gegeben ist, mit dem eine Fristversäumung geltend gemacht werden könnte. Im übrigen müssen aber, da die StPO für Inhalt, Unterzeichnung und Ausfertigung der Revisionsurteile keine Vorschriften enthält, die diesbezüglichen Bestimmungen des § 275 StPO die Lücke füllen.“*<sup>17</sup>

Wer von dieser klaren Vorgabe abweichen und den Willen des Gesetzgebers ignorieren will, muss das sehr gut begründen. Fischer tut das nicht, und kann es auch nicht: Warum sollten BGH-Urteile in puncto Unterschrift (§ 275 Abs. 2 StPO) anders zu behandeln sein als Urteile

<sup>9</sup> Für die Frage der Begründungspflicht von Revisionsurteilen Fezer HRRS 2010, 281, 287.

<sup>10</sup> BGHSt 11, 213 (GSSt 4/57)

<sup>11</sup> Nur Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 59. Aufl., 2016, § 55 Rn. 16 m.w.N.

<sup>12</sup> BGH NJW 1983, 1745.

<sup>13</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 59. Aufl., 2016, § 57 Rn. 7; BGH NSStZ 1998, 158

<sup>14</sup> Jahn, Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht – Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO, JuS 2005, 1057

<sup>15</sup> Zu dem Problemkreis vgl. Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln? Zur Entformalisierung des Strafrechts, 2010.

<sup>16</sup> Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 59. Aufl., 2016, § 356 Rn. 3; Löwe/Rosenberg/Franke, StPO, 26. Aufl, 2013, § 356 Rn. 3; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., 2013, § 356 Rn. 7;

<sup>17</sup> KK-StPO/Greger, 7. Aufl., 2013, § 275 Rn. 1.

von Land- oder Amtsgerichten? Mit den Fristen des § 275 Abs. 1 StPO hat diese Frage nichts zu tun.

### b) Änderung durch Geschäftsordnung?

Das Argument mit der Geschäftsordnung greift doppelt nicht: Wie sich ein Gericht selbst organisiert, ist seine Sache, es kann dies autonom tun. Es kann aber durch eine Geschäftsordnung nicht die bundesweit geltende Strafprozessordnung abändern, dies ist eine Frage der Normenhierarchie, des ausnahmslos geltenden Vorrangs der ranghöheren Norm vor der niedrigeren.

Zur Geschäftsordnungsautonomie stellte das BVerfG (sogar für den Bundestag) fest: „Ungeachtet ihrer großen Bedeutung für das materielle Verfassungsrecht und das Verfassungsleben folgt aus dieser Rechtsnatur der Geschäftsordnung, dass sie der geschriebenen Verfassung und den Gesetzen im Range nachsteht.“<sup>18</sup>

Die Geschäftsordnung des BGH hat also nicht die normative Kraft, ein Bundesgesetz abzuändern.

### c) „Beschlüsse“ und „Urteile“

Damit übereinstimmend lässt sich der von Mosbacher besprochene Fall (und weitergehend die monierte Praxis) auch gar nicht unter die Geschäftsordnung des BGH subsumieren, denn diese spricht ausdrücklich nur von „Beschlüssen“, § 275 StPO hingegen von „Urteilen“ (auf die sich Mosbacher bezog). Die Geschäftsordnung des BGH will also § 275 StPO gar nicht ändern, vermutlich wusste der Geschäftsordnungsgeber, dass er das auch nicht kann. Den Unterschied zwischen „Beschlüssen“ und „Urteilen“ muss ein Vorsitzender Richter am BGH kennen.

## 3. Informationelles Selbstbestimmungsrecht?

Schließlich führt Fischer das Selbstbestimmungsrecht der Kollegen als Grund an, weshalb er das Gesetz nicht wortlautgetreu anwende:

„Und was heißt hier: ‘klarer Gesetzeswortlaut’, anders gefragt: Was heißt ‘Angabe des Verhinderungsgrunds’?“

Ich nenne Ihnen, liebe Leser, ein paar lebensnahe Beispiele: ‘Richterin H hat seit gestern Bauchschmerzen’; ‘Richter I hat sich krank gemeldet’; ‘Richterin J ist mit ihrem neuen Freund zu einem dreiwöchigen Urlaub auf den Malediven’; ‘Richter K kann sich wegen einer depressiven Erkrankung derzeit nicht konzentrieren’; ‘Richter L hat sich von seiner Frau getrennt und muss heute seinen Umzug organisieren’; ‘Richter M wohnt in Leipzig und weilt nur jede dritte Woche am Gerichtsort’. Das wären ein paar saftige ‘Verhinderungsgründe’, unter denen sich die Verfahrensbeteiligten und das Publikum etwas vorstellen könnten! Derartige Begründungen ihrer Verhinderung veröffentlicht zu sehen, müssten sich die Richter aber sicher nicht gefallen lassen. Ein bisschen informationelles Selbstbestimmungsrecht des Richterbürgers gestattet nämlich auch der Wortlaut des Paragraphen 275 StPO in der Fassung von 1877.“

<sup>18</sup> BVerfGE 1, 144, 148.

Damit bezieht sich Fischer auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung, welches das BVerfG im berühmten Volkszählungsurteil aus dem Jahr 1983 entwickelte.<sup>19</sup> Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist seither konkretisiert worden und umfasst nach der Rechtsprechung des BVerfG die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.<sup>20</sup>

Natürlich darf (und muss) ein Richter Verfassungsrecht zur Geltung bringen, wenn er die StPO anwendet. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu festgestellt:

„Die Gerichte sind gehalten, sich um eine verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts zu bemühen, denn der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt gebietet es, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen so viel wie möglich von dem aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat.“<sup>21</sup>

Allerdings steht dieses Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG unter einem Schrankenvorbehalt, den das BVerfG ebenfalls präziserte. Maßgeblich sind demnach die Grundsätze der Bestimmtheit und Normenklarheit, der Gesetzgeber muss Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festlegen.<sup>22</sup>

Und spätestens hier stellt sich, will man § 275 Abs. 2 S. 2 StPO teilweise unangewendet lassen, ein massives rechtliches Hindernis: Besteht für den Rechtsanwender tatsächlich ein Spielraum, oder ist die verfassungsrechtliche Dimension vom Gesetz mitbedacht und hindert die Richterrechtsetzung?

Auch hierzu legte das BVerfG den Maßstab fest:

Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen aber dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.<sup>23</sup>

Wer § 275 Abs. 2 S. 2 StPO trotz eindeutigen Wortlauts („unter der Angabe des Verhinderungsgrundes“) wegen verfassungskonformer Auslegung nicht anwendet, kann dies methodisch allein über eine teleologische Reduktion<sup>24</sup>. Danach würde die vom Gesetzgeber zu weit greifende Regelung als Lücke interpretiert, die darin besteht, dass keine Ausnahmeregelung getroffen wurde, sodass die vom Wortlaut (des einfachen Gesetzes) umfassten Fälle der (vorrangigen) Zielsetzung des Grundgesetzes widersprechen.

Materiell wäre also nachzuweisen, dass § 275 Abs. 2 S. 2 StPO, was den Verhinderungsgrund betrifft, verfas-

<sup>19</sup> BVerfGE 65, 1 (42).

<sup>20</sup> BVerfGE 65, 1 (42f.); 118, 168 (184), 120, 274 (312).

<sup>21</sup> BVerfGE 120, 274 (315f.); umfassend Franzius, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ZJS 2015, 259 ff.

<sup>22</sup> BVerfGE 120, 274 (315f.).

<sup>23</sup> BVerfGE 90, 263 (1 BvR 1299/89 und 1 BvL 6/90). vgl. auch BVerfGE 86, 288, 320 m.w.N.; BVerfGE 54, 277, 299f.; 71, 81, 105.

<sup>24</sup> Zur teleologischen Reduktion vgl. Canaris/Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, 1995, S. 210ff. Für einen Fall aus dem Strafrecht vgl. Krell HRRS 2015, 483 (zu §§ 145d, 164 StGB).

sungswidrig ist. Das ist allerdings juristisch nicht begründbar, man kann die Vorschrift nämlich bestechend einfach so auslegen, dass das Grundgesetz nicht verletzt wird. In einem ganz aktuellen Beschluss des BGH vom 11.5.2016 heißt es dazu:

*Der im Verhinderungsvermerk genannte Grund muss generell geeignet sein, den Richter von der im Gesetz als Grundsatz vorgesehenen Unterschriftsleistung (§ 275 Abs. 2 Satz 1 StPO) abzuhalten. Durch Urlaub eines Richters bedingte Abwesenheit stellt einen solchen Grund dar. (...) Stützt sich der Vermerk auf einen generell die Verhinderung tragenden Grund, bedarf es keiner näheren Ausführungen des Vorsitzenden zu den Umständen der Verhinderung.“<sup>25</sup>*

Der Verhinderungsgrund kann also (und wird in der Praxis auch) allgemein gehalten werden<sup>26</sup>, es reicht ohne weiteres, wenn der Vorsitzende schreibt: „verhindert wegen Urlaubs/Krankheit etc.“

Und damit ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht verletzt: Der Verhinderungsvermerk soll nach außen sicherstellen, dass der betreffende Richter nicht aus sachfremden oder gar willkürlichen Gründen seine gesetzliche Aufgabe (zu unterschreiben) verweigert, sondern nachvollziehbar verhindert ist.<sup>27</sup> Die Organisation des Umzugs reicht eben nicht, das „dringliche unaufschiebbare Dienstgeschäft“<sup>28</sup> der Unterschrift unter das Strafurteil zu unterlassen. Um dieses formellen Ziels willen, Willkür auszuschließen, ist es jedem Richter zuzumuten, dass das nicht individualisierbare und wenig aussagekräftige Datum „Urlaub“ oder „Krankheit“ öffentlich wird.

Die Ausführungen *Fischers* zu den „saftigen Verhinderungsgründen“ gehen deshalb ins Leere, sind eine juristische Nebelkerze: Er nennt beispielhaft maximal detaillierte Verhinderungsgründe („depressive Erkrankung“, „von der Frau getrennt“), um gar keine angeben zu müssen. Letztlich ist das eine durchschaubare rhetorische Figur: Man nennt ein krass unverhältnismäßiges Vorgehen als Beispiel, sodass gar kein Vorgehen möglich sei. Genausogut könnte man sagen: Eine öffentliche Hauptverhandlung in einem Fußballstadion ist keinem Angeklagten zumutbar, also ist Öffentlichkeit immer unzu-

<sup>25</sup> 1 StR 352/15 = HRRS 2016 Nr. 797 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>26</sup> bereits BGH NJW 1983, 1745; zum inhaltsgleichen § 315 I ZPO vgl. BGH NJW 1961, 782.

<sup>27</sup> BGH 2 StR 331/10 = HRRS 2011 Nr. 79.

<sup>28</sup> BGH 2 StR 331/10 = HRRS 2011 Nr. 79.

mutbar. Und schon wird § 169 GVG nicht mehr angewendet.

Der Vorsitzende muss im Rahmen des § 275 Abs. 2 S. 2 StPO in keinem Fall das Urlaubsziel (gar die Urlaubsbegleitung) oder die genaue Krankheit angeben. Und damit ist das Persönlichkeitsrecht der Kollegen nicht verletzt, ansonsten wäre jede Krankmeldung im Arbeitsverhältnis ein Rechtsproblem.

Somit kann ein Vorsitzender § 275 Abs. 2 S. 2 StPO ohne Probleme korrekt anwenden und den Verhinderungsgrund angeben, ohne jemanden in seinen Rechten zu verletzen. Um seine Kollegen zu schützen, muss er nicht den Gesetzgeber, also einige hundert Abgeordnete des Bundestags, missachten.

## IV. Fazit

Die allmählich sich entwickelnde Praxis „bei einzelnen Strafsenaten des BGH“<sup>29</sup>, dass der Vorsitzende beim „Verhinderungsvermerk“ den Grund nicht angibt, weshalb ein Beisitzer verhindert sei, das Urteil zu unterschreiben, ist entschieden abzulehnen, weil sie rechtswidrig ist. § 275 Abs. 2 S. 2 StPO ist eine im Wortlaut eindeutige und mit dem Verfassungsrecht klar vereinbare Vorschrift, die deshalb zwingende Beachtung fordert. Die Frage um Unterschriften und deren Verhinderung ist an sich ohne große Bedeutung – wenn Richter aber Gesetze nicht anwenden, wie es der Wortlaut fordert, berührt das fundamental die Gewaltenteilung: Ein Richter, der ohne zwingenden Grund aus der gesetzlichen Formulierung „unter Angabe“ einfach „ohne Angabe“ macht, greift sehr tief in die Befugnisse des Gesetzgebers ein, maßt sich Normsetzungsmacht an, die ihm nicht zusteht. Im übrigen ist es keinem Tatrichter begreiflich zu machen, dass sein Urteil mit dem Vermerk: „Richter S. ist nicht mehr am Landgericht tätig und deshalb an der Unterschriftsleistung gehindert.“ aufgehoben wird, weil der Grund „nicht hinreichend dargetan“ sei<sup>30</sup> – der BGH selbst aber lässt den Grund entgegen Gesetzeswortlaut gleich ganz weg. Will man *Fischers* Ausgangsfrage beantworten, muss man also feststellen: Ein Skandal ist diese kleine Anmaßung nicht, dazu ist der Abwesenheitsvermerk zu wenig bedeutend. Für das höchste deutsche Strafgericht allerdings geht der BGH mit einem formellen Gesetz erstaunlich freihändig und mit der Idee der Gewaltenteilung überraschend distanziert um.

<sup>29</sup> *Mosbacher* JuS 2016, 706, 707.

<sup>30</sup> BGH 2 StR 331/10 = HRRS 2011 Nr. 79.

# Die Strafvorschrift des § 105 SGB VIII – Fehlleistung des Gesetzgebers

Von Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M., Ludwigsburg\*

## I. Einführung

§ 105 SGB VIII bestraft mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe, wer ohne die erforderliche Erlaubnis Kinder oder Jugendliche betreut, ihnen Unterkunft gewährt oder eine Einrichtung oder sonstige Wohnform betreibt und dadurch das Kind oder den Jugendlichen leichtfertig in seiner körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung schwer gefährdet (Nr. 1); selbiges Strafmaß droht, wer die bezeichneten vorsätzlichen Handlungen beharrlich wiederholt (Nr. 2). Die Norm wurde 1990 im Zuge des „Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts“<sup>1</sup> eingeführt. Laut Entwurfsbegründung sollten die in § 104 SGB VIII genannten Ordnungswidrigkeiten bei grobem Unrecht oder beharrlichen Verstößen als Straftat bewertet werden; das Regelungsmuster des § 12 Abs. 4 JÖSchG – heute: § 27 Abs. 2 JuSchG – diene als Vorbild.<sup>2</sup> Widmet man sich der Vorschrift genauer, ergeben sich Kritikpunkte, die es wert sind, dem Gesetzgeber vor Augen geführt zu werden.

## II. Defizite des § 105 SGB VIII

### 1. Nr. 1

#### a) Tathandlung

Wer als sog. Tagesmutter oder Tagesvater „ein Kind oder mehrere Kinder außerhalb des Haushalts der Erziehungsberechtigten während eines Teils des Tages und mehr als 15 Stunden wöchentlich gegen Entgelt länger als drei Monate betreuen will“, benötigt im Grundsatz eine Erlaubnis, § 43 Abs. 1 SGB VIII. Gleiches gilt für Personen, die im Rahmen der Vollzeitpflege als Pflegeperson Kinder oder Jugendliche über Tag und Nacht im Haushalt aufnehmen wollen, § 44 Abs. 1 S. 1 SGB VIII. Träger von Einrichtungen,<sup>3</sup> in der Kinder oder Jugendli-

che ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten (z.B. Kindergärten, Kindertagesstätten) dürfen gemäß § 45 Abs. 1 S. 1 SGB VIII die Einrichtung ebenso wenig ohne Erlaubnis betreiben wie Träger einer sonstigen Wohnform gemäß § 48a SGB VIII, etwa einer betreuten Wohngemeinschaft.<sup>4</sup> Wer eine solche erlaubnispflichtige Tätigkeit ohne Erlaubnis ausübt, verwirklicht die Tathandlung des § 105 Nr. 1 SGB VIII.<sup>5</sup>

Das Problem des § 105 Nr. 1 SGB VIII besteht darin, dass er neben der Handlung einen tatbestandlichen Erfolg voraussetzt: Aus dem (vorsätzlichen)<sup>6</sup> Handeln ohne Erlaubnis muss eine schwere Gefährdung der körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung eines Kindes oder Jugendlichen resultieren,<sup>7</sup> das illegale Handeln des Täters muss sich in der „schweren Gefährdung“ realisieren.<sup>8</sup> Dass dafür nicht auf das reine Handeln wider die Verwaltungspflicht, den Verstoß gegen den Erlaubnisvorbehalt, abgestellt werden kann, liegt indes auf der Hand, denn wie daraus eine schwere Gefahr entstehen sollte, ist nicht ersichtlich. Entsprechend hat bereits der Bundesrat

vatrechts oder des öffentlichen Rechts sein, s. BeckOK SozR/Winkler SGB VIII § 45 Rn. 2.

<sup>4</sup> Näheres über Voraussetzungen, Ausnahmen und weitere Einzelheiten findet sich in § 43 Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII und Landesrecht (etwa § 1 Abs. 7 KiTAG Baden-Württemberg), § 44 Abs. 1 S. 2, Abs. 2–4 SGB VIII sowie § 45 Abs. 1 S. 2, Abs. 2–7 SGB VIII.

<sup>5</sup> Es handelt sich um eine sog. Blankettnorm, weil die eben erörterten Merkmale sich erst aus der Prüfung des § 104 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 SGB VIII mitsamt der entsprechenden Vorschrift in den §§ 43 ff. SGB VIII ergeben (s. allgemein Schlösser/Mosiek HRRS 2010, 424, 426). Mögen manche Blankettnorm-Dickichte mit rechtsstaatlich-vorhersehbarem Strafrecht nichts gemein haben (näher mit anschaulichen Beispielen Bode/Seiterle ZIS 2016, 91, 173; Hoven NSTZ 2016, 377), ist § 105 Nr. 1 SGB VIII diesbezüglich in Schutz zu nehmen. Denn mit Hilfe der Lektüre des Textes der verschiedenen Normen ist jedenfalls der Umriss des Merkmals „Handeln ohne Erlaubnis“ zu ermitteln, was daran liegt, dass es sich bei § 105 Nr. 1 und Nr. 2 SGB VIII um eine sog. Binnenverweisung handelt, in der das Objekt, auf das verwiesen wird, in demselben Regelungswerk enthalten ist wie die verweisende Vorschrift (s. Hohmann ZIS 2007, 38, 39).

<sup>6</sup> S. Kunkel, in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, 6. Aufl. (2016), § 105 Rn. 3.

<sup>7</sup> Zu den mit ihr zusammenhängenden Problemen und Bedenken näher unter b).

<sup>8</sup> Vorbildhaft dazu Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht (2016), Rn. 868.

\* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht, Schwerpunkt Sozialrecht, an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

<sup>1</sup> BGBl. I, S. 1163.

<sup>2</sup> S. „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG) vom 1. Dezember 1989, BT-Drs. 11/5948, S. 114.

<sup>3</sup> „Träger einer Einrichtung“ kann eine Privatperson, eine Personengesellschaft oder eine juristische Person des Pri-

im Gesetzgebungsverfahren angeregt, dass geprüft werde, ob die schwere Gefährdung nicht auch in den Fällen als Straftat ausgestaltet werden sollte, in denen die Erlaubnis erteilt ist. Der Formalverstoß, so das Länderparlament, könne wohl kaum ausschlaggebend sein für die schwere Gefährdung der körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung eines Kindes oder Jugendlichen, weshalb die strafrechtliche Haftung unabhängig davon zu beurteilen sei, ob der Verantwortliche eine Pflegeerlaubnis oder Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung besitze oder nicht.<sup>9</sup> Das sind vollkommen richtige Erwägungen, gleichwohl hat der Gesetzgeber sich nicht beeindrucken lassen und § 105 Nr. 1 SGB VIII in der bemängelten Fassung in Kraft gesetzt.

Noch einmal zur Verdeutlichung: Lässt man – unter großzügiger Ausweitung des Wortlauts – auch über den Formalverstoß hinausgehende Handlungen als „Betreuen“, „Unterkunft gewähren“ und „Betreiben“ (§ 105 Nr. 1 i.V.m. § 104 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB VIII) gelten, somit also *alle* Verhaltensweisen, die mit den in §§ 43 ff. SGB VIII geregelten Tätigkeiten zusammenhängen (und nur so kann der Gesetzgeber die Deutung der Vorschrift gewollt haben), ist nicht einzusehen, warum die strafrechtliche Verantwortung allein Personen tragen, die ohne erforderliche Erlaubnis handeln. Wie bereits vom Bundesrat betont, können Personen, die im Besitz einer Erlaubnis sind, das gleiche Erfolgsunrecht verwirklichen. Nichts anderes gilt für solche, die von der Erlaubnispflicht befreit sind, weil sie die Voraussetzungen einer Ausnahmvorschrift erfüllen. Man stelle sich vor, die Gefahr würde von einer Tante, die als Pflegeperson fungiert, oder jemandem verursacht, der sich bereit erklärt hat, ein Pflegekind für eine Dauer von sieben Wochen über Tag und Nacht aufzunehmen. Beide bräuchten wegen des Verwandtschaftsverhältnisses bzw. der Achtwochenfrist gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 und Nr. 4 SGB VIII keine Erlaubnis und könnten sich deshalb nicht gemäß § 105 Nr. 1 SGB VIII strafbar machen. Die Auswirkungen bei dem Pflegekind blieben indes dieselben. Hier steht eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG zu Buche, denn das Gesetz behandelt zwei vergleichbare Menschengruppen (Personen, die Pflegekinder über Tag und Nacht aufnehmen) ungleich (Strafbarkeit/Straflosigkeit), und eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann diese – anders als bei der Erlaubnispflicht selber! – nicht mit der Würdigung des Verwandtschaftsverhältnisses oder des begrenzten Zeitraums begründet werden, denn auch als Verwandter oder innerhalb der ersten acht Wochen ist es möglich, die körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung eines Kindes oder Jugendlichen negativ zu beeinflussen. Es bestehen zwischen den Personen, die sich strafbar machen können (Personen, die ohne Erlaubnis einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit nachgehen), und denen, die keine Bestrafung zu befürchten haben (Personen, die eine Erlaubnis besitzen oder einen Ausnahmetatbestand erfüllen) keine Unterschiede von solchem Gewicht, dass eine Ungleichbehandlung geboten wäre. Vielmehr erscheint die Ungleichbehandlung willkürlich.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> S. BT/Drs. 11/5948, S. 146.

<sup>10</sup> S. dazu BVerfG NJW 2012, 141 = HRRS 2011 Nr. 1127; BVerfG NJW 2013, 40 = HRRS 2012 Nr. 1006; Epping, Grundrechte, 6. Aufl. (2014), Rn. 794 ff.

§ 105 Nr. 1 SGB VIII verletzt mithin den Gleichbehandlungsgrundsatz.

## b) Tatbestandlicher Erfolg

§ 105 Nr. 1 SGB VIII verlangt als Folge der Tathandlung, dass das Kind oder der Jugendliche in seiner körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung schwer gefährdet wird. Es bestehen Bedenken mit Blick auf die Bestimmtheit dieses Passus. Vorab sei die Bemerkung gestattet, dass der Gesetzgeber den Strafverfolgungsbehörden mit Blick auf diese „Entwicklungen“ wohl einiges an außerjuristischem Fachwissen unterstellt, denn geschützt ist nicht „statisches“, d.h. zu einem gewissen Zeitpunkt existentes Gut wie Leben, körperliche Unversehrtheit oder Eigentum, sondern die Ungestörtheit eines Verlaufs, eines Prozesses. Wollen Gerichte, Staatsanwaltschaften und Polizei die entsprechende Gefährdung eines derartigen Verlaufs feststellen, müssen bei ihnen jedenfalls Grundkenntnisse in Medizin, Kinder- und Jugendpsychologie, Pädagogik etc. vorhanden sein, um die konkrete körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung eines Kindes oder Jugendlichen hinreichend sicher vorhersehen und abschätzen zu können. Daran mag man Zweifel haben.

Zur Bestimmtheit: Das BVerfG hat in seinem prominenten Beschluss vom 23. Juni 2010<sup>11</sup> zur Strafbarkeit der Untreue (§ 266 StGB) die Bestimmtheit von Strafnormen wie folgt charakterisiert: „Für den Gesetzgeber enthält Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Funktion als Bestimmtheitsgebot [...] die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen [...]. Die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen [...] und dass er Rechtsvorschriften so genau fassen muss, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Grundsatz der Normenklarheit [...]), gelten danach für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt. Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht [...]“.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> S. BVerfG NJW 2010, 3209, 3210 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>12</sup> Freilich hat das Gericht sich in dem Beschluss selber von seinen Kriterien distanziert, denn es hat § 266 StGB mit der Begründung für verfassungsgemäß erklärt, die Gerichte hätten ihn in jahrzehntelanger Rechtsprechung konkretisiert. Dazu treffend Honsell, in: FS Roth (2011), S. 277, 279: „Das Gericht hat den Sinn des Satzes missverstanden, der ja gerade verlangt, dass die Norm selbst hinreichend determiniert ist, weshalb es nicht genügt, wenn sie erst im Wege einer richterlichen Auslegung konkretisiert werden muss, welche die Maßstäbe von woanders her nimmt und die noch vager ist als eine Analogie.“

Ob der Gesetzgeber die drei „Entwicklungen“ sprachlich hinreichend bestimmt formuliert hat, ist daran zu messen, ob sich ihr Inhalt mit Hilfe der herkömmlichen Methoden der Gesetzesauslegung erschließen lässt. Das ist letztlich wohl noch zu bejahen. „Körperliche und geistige Entwicklung“, beide Bestandteil des § 22 Abs. 3 SGB VIII, lassen sich wörtlich auslegen als Entfaltung der physischen und intellektuellen Anlagen des Kindes oder Jugendlichen. Bei der schwierigeren „sittlichen Entwicklung“ hilft ein Blick in den „Duden“, der als Ersatzbegriffe für „sittlich“ die Wörter „ethisch“ und „moralisch“ anbietet, weshalb man – zugegeben: etwas simpel – die „sittliche Entwicklung“ gleichsetzen kann mit Ausreifung des Charakters des Kindes oder Jugendlichen hin zu einem „guten Menschen“, also einem, der sich im Leben von Ethik und Moral leiten lässt. Ein wenig Grübeln und Wortspielerei helfen also über die vagen Beschreibungen der Gefährdungsobjekte hinweg, und man mag sich darunter etwas vorstellen können. Deshalb verletzt § 105 Nr. 1 SGB VIII das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG an dieser Stelle noch nicht.

Anders bei der Beschreibung der Gefährdung. § 105 Nr. 1 SGB VIII setzt voraus, dass das Kind oder der Jugendliche in der entsprechenden Entwicklung „schwer gefährdet“ wird. Es braucht für die Strafbarkeit kein Schaden für die körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung eingetreten sein, sondern lediglich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für die Entwicklung bestehen. Dabei genügt dem Gesetzgeber die einfache Gefährdung nicht, vielmehr verlangt er eine schwere. Wo nun die Grenze verlaufen soll zwischen der „einfachen“ und „schweren“ Gefährdung, ist nicht ersichtlich. Zudem spricht das Gesetz einschränkungslos von der „Entwicklung“ im Ganzen, weshalb eine bloße Störung, sprich: drohende Verzögerung oder Hemmung des Verlaufs, den Grad der Gefährdung nicht erreicht.<sup>13</sup> Somit muss auch die Abgrenzung der Gefährdung von der Störung gefunden werden. Es wundert nicht, dass das Merkmal wenig aussagekräftige Erläuterungen wie die folgenden produziert: „Das Maß der Gefährdung wird sich im Einzelfall an der jeweiligen körperlichen und/oder psychischen Konstitution des Kindes oder Jugendlichen orientieren müssen. Dabei wird nur individuell beurteilt werden können, ob die Grenze zu einer schweren Gefährdung des Kindes oder Jugendlichen schon erreicht bzw. überschritten ist.“<sup>14</sup> „Es wird jeweils eine Einzelprüfung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erforderlich sein, um das Vorliegen der genannten Tatbestandsmerkmale feststellen zu können.“<sup>15</sup> Derlei Sätze laufen der oben<sup>16</sup> zitierten Vorgabe des BVerfG, die Normadressaten einer Strafvorschrift müssten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, diametral zuwider.

Die zuletzt zitierten Autoren, *Wache/Lutz*, sind die einzigen, die zur Veranschaulichung der „schweren Gefährdung“ konkrete Beispiele bringen: Eine schwere Gefähr-

dung der körperlichen Entwicklung liege vor, wenn die hygienischen Bedingungen in der Wohnung der Pflegeperson oder der Einrichtung schwere gesundheitliche Schäden verursachen könnten, eine schwere Gefährdung der geistigen Entwicklung könne vorliegen, wenn Jugendsekten, die als gefährdend eingestuft sind, Einfluss auf Kinder und Jugendliche nähmen. Warum und nach Maßgabe welcher Kriterien die von ihnen ersonnenen schweren gesundheitlichen Schäden die körperliche Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen nicht nur *stören*, sondern *gefährden* und das auch noch *schwer*, erklären *Wache/Lutz* jedoch nicht. Das aber wäre notwendig, denn die meisten Erkrankungen, auch die ernsthaften, verhindern nach ihrer Ausheilung nicht die vollständige körperliche Entwicklung eines Kindes oder Jugendlichen, und nur eine dahingehende „schwere Gefahr“ erfüllt den Tatbestand, weil – wie gesagt – die Wahrscheinlichkeit einer reinen Verzögerung nicht genügt. Ebenso wenig differenzieren die Autoren die Gefährdungsgrade im Zusammenhang mit den Jugendsekten, was augenscheinlich daran liegt, dass eine nach klaren Kriterien vorzunehmende Differenzierung nicht möglich ist.

Nach hiesiger Auffassung ist der Passus „ein Kind oder einen Jugendlichen in seiner körperlichen, geistigen oder sittlichen Entwicklung schwer gefährdet“ auch unter Berücksichtigung der „Vielgestaltigkeit des Lebens“, der der Gesetzgeber Herr werden muss,<sup>17</sup> mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. „Körperliche, geistige und sittliche Entwicklung“ mögen als Begriffe noch hinreichend klar weil im Wortlaut auslegbar sein; der Übergang von der Störung der Entwicklung hin zur einfachen und schweren Gefährdung ist indes undefinierbar und die Strafbarkeit für den Bürger nicht vorhersehbar. § 105 Nr. 1 SGB VIII hat an dieser Stelle keine rechtsstaatliche Kontur und ist deshalb auch diesbezüglich grundgesetzwidrig.

### c) Leichtfertigkeit

Mit Blick auf die Herbeiführung der „schweren Gefährdung“ muss der Täter leichtfertig handeln. Dies ist der Fall, wenn ihm die Gefährlichkeit seines Tuns unschwer erkennbar war, er also die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten gröblich missachtet hat.<sup>18</sup> Das Besondere an § 105 Nr. 1 SGB VIII ist, dass er *nur* die leichtfertige Begehungsweise bestraft, nicht aber die vorsätzliche. Das folgt daraus, dass der Gesetzgeber sich – wie anfangs erwähnt – an der Vorschrift des § 12 Abs. 4 JÖSchG a.F. orientieren wollte, dies aber nicht bis ins letzte Detail umgesetzt hat. Er hat das Wort „wenigstens“, in § 12 Abs. 4 JÖSchG a.F. wie im heutigen § 27 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG vorhanden, in die Vorschrift nicht eingefügt. Rechtshistorisch kommt einem die frühere Fassung des Raubes mit Todesfolge (§ 251 StGB) in den Sinn, in der der Begriff „leichtfertig“ ebenfalls bis zur Reform am 1. April 1998 alleine dastand<sup>19</sup> und man sich in Rechtsprechung und Literatur uneins war, ob der mit Todesvorsatz handelnde Täter den Tatbestand des § 251 StGB erfüllte

<sup>13</sup> S. auch *Kunkel*, a.a.O. (Fn. 6), § 105 Rn. 2.

<sup>14</sup> *Kunkel*, a.a.O. (Fn. 6), § 105 Rn. 3.

<sup>15</sup> *Wache/Lutz*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 207. EL (März 2016), § 105 SGB VIII Rn. 3.

<sup>16</sup> S. bei Fn. 11.

<sup>17</sup> S. BVerfG NJW 2010, 3209, 3210.

<sup>18</sup> Näher dazu *Wegner* HRRS 2012, 510, 511.

<sup>19</sup> Die Vorschrift wurde geändert im Zuge des Sechsten Strafrechtsreformgesetzes vom 26. Januar 1998, BGBl. I, S. 164.

oder wegen Art. 103 Abs. 2 GG eben nicht.<sup>20</sup> Der grundlegende Unterschied zwischen § 251 a.F. StGB und § 105 Nr. 1 SGB VIII besteht allerdings darin, dass man bei ersterem erwägen konnte, ihn als Anwendungsfall des § 18 StGB anzusehen, was entsprechend zur Folge hatte, dass das Wort „wenigstens“ hineingelesen werden konnte.<sup>21</sup> Diese Möglichkeit gibt es bei § 105 Nr. 1 SGB VIII aus zwei Gründen nicht: Erstens setzt § 18 StGB voraus, dass ein Grunddelikt existiert, das aus einer Straftat besteht; eine Ordnungswidrigkeit, hier in Form des § 104 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB VIII, genügt nicht, weil § 18 StGB die besondere Folge an eine „schwerere Strafe“ bindet, woraus folgt, dass das Gesetz an die „Tat“ auch ohne die besondere Folge eine „Strafe“ knüpft, nur eben eine leichtere.<sup>22</sup> Zweitens muss die von § 18 StGB vorausgesetzte besondere Folge die *Verletzung* eines Rechtsguts sein, *Gefährdungsfolgen* wie § 105 Nr. 1 SGB VIII sie regelt, sind dafür nicht ausreichend.<sup>23</sup> Dies zeigt etwa das Verkehrsstrafrecht: Wäre die in § 315c Abs. 1 StGB genannte Gefährdung eine „besondere Folge“ i.S.d. § 18 StGB, könnte der Fall, dass jemand eine vorsätzliche Trunkenheit im Verkehr begeht und dabei fahrlässig die genannte Gefahr schafft, bereits von §§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 18 StGB erfasst werden. § 315c Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB hätte keinen eigenen Anwendungsbereich.<sup>24</sup>

Die Feststellung, dass § 105 Nr. 1 SGB VIII ausschließlich die Begehungsform der Leichtfertigkeit bestraft, weil das Wort „wenigstens“ in ihm nicht vorhanden ist und eine Anwendung des § 18 StGB ausscheidet, zieht einen bedeutenden Wertungswiderspruch nach sich.<sup>25</sup> Die schwächere Form des Fehlverhaltens (Leichtfertigkeit) wird bestraft, die stärkere (Vorsatz) nicht. Der Täter könnte im Ermittlungsverfahren oder vor Gericht einräumen, die Gefährdung des Kindes oder Jugendlichen bewusst in Kauf genommen zu haben und müsste deshalb freigesprochen werden. Ein schlechterdings ungeeignetes Ergebnis – aber von § 105 Nr. 1 SGB VIII nicht zu vermeiden.

## 2. Nr. 2

Im Rahmen des § 105 Nr. 2 SGB VIII ist es der Begriff der Beharrlichkeit, der zur Kritik einlädt. Es genügt nicht die „Wiederholung“ des Gesetzesverstößes, sondern es muss eine „beharrliche“ sein. Es handelt sich im Rahmen des § 105 Nr. 2 SGB VIII um ein subjektives Tatbestandsmerkmal, denn das dem Merkmal oft zugeschriebene objektive Element der „Wiederholung“ wird in § 105 Nr. 2 SGB VIII als Tathandlung genannt. Auch der Beharr-

lichkeit ist „ein beträchtliches Maß an Unbestimmtheit“<sup>26</sup> zu attestieren. „Beharrlich“ bedeutet laut „Duden“ „ausdauernd“, „hartnäckig“, „standhaft“, „unbeirrt“, „unentwegt“, „unermüdlich“, „verbissen“ oder „zäh“. Deshalb ist es als Auslegungsergebnis vertretbar, das Merkmal zu bejahen, wenn der Täter aus Uneinsichtigkeit trotz Belehrung oder Ahndung erneut gegen das Gesetz verstößt, auch bei erstmaliger Wiederholung;<sup>27</sup> oder zu erklären, entscheidend sei, dass die Zuwiderhandlung aus gesteigerter Missachtung oder Gleichgültigkeit erfolge und daher die Gefahr weiterer Verstöße begründe.<sup>28</sup> Jedoch lässt sich das Gewollte rechtssicherer ausdrücken. Man müsste den Begriff „beharrlich“ abschaffen und ersetzen durch eine zahlenmäßig bestimmte Häufigkeit von Wiederholungen des Gesetzesverstößes nach der rechtskräftigen Verhängung eines Bußgeldes gemäß § 104 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 SGB VIII innerhalb eines bestimmten Zeitraums, etwa nach Vorbild des § 176a Abs. 1 StGB. Denn dies sind die objektiven Umstände, die die „Beharrlichkeit“ indizieren.

## 3. Bedeutungslosigkeit der Vorschrift in der Praxis

Soweit mit den herkömmlichen Methoden und Quellen zu ermitteln, ist in den 26 Jahren seiner Existenz keine Person aufgrund § 105 SGB VIII verfolgt geschweige denn verurteilt worden (über Gegenteiliges lässt der Autor sich gern aufklären).<sup>29</sup> Das kann daran liegen, dass potentielle Täter sich im Sinne einer negativen Generalprävention<sup>30</sup> haben abschrecken lassen; wahrscheinlicher ist aber, dass den Strafverfolgungsbehörden kein Fall bekannt geworden ist, weil es keine Anwendungsfälle gab oder die wenigen sich auf andere Art und Weise, nämlich auf der Verwaltungsrechtsschiene oder informell, erledigt haben.

Wenn dem so ist, erfüllt § 105 SGB VIII aus der Perspektive der Strafzwecke<sup>31</sup> keine Funktion: § 46 Abs. 1 S. 1 StGB erhebt die Schuld des Täters zur Grundlage der Strafe. Strafnormen, die nicht angewendet werden und deshalb keine strafrechtliche Schuld produzieren, können auch keine Schuld ausgleichen. Mit Blick auf spezialpräventive Wirkungen von Strafe (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB) ist festzustellen, dass Täter, die sich eine Bestrafung nach § 105 SGB VIII als Warnung dienen lassen könnten, entweder nicht vorhanden sind oder nicht verfolgt werden, weshalb sie auch nicht abgeschreckt oder vom Funktionieren der Rechtsordnung beeindruckt werden können. Generalpräventiv gedacht, steht von § 105 SGB VIII eine Wirkung auf die Rechtsgemeinschaft nicht zu erwarten, denn eine Norm, die nicht angewandt wird, bringt den beschworenen „Prozess der Normstabilisierung“<sup>32</sup> nicht in Gang.

<sup>20</sup> Für Tatbestandsmäßigkeit: BGHSt 35, 257, 258; 39, 100, 103 ff.; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 251 Rn. 8; dagegen: BGHSt 26, 175; *Rudolphi* JZ 1988, 880, 881.

<sup>21</sup> So die Befürworter der Tatbestandsmäßigkeit.

<sup>22</sup> Näher *Hardtung*, in: MüKoStGB, Band 1, 2. Aufl. (2011), § 18 Rn. 5 m.w.N.

<sup>23</sup> S. *Hardtung*, a.a.O. (Fn. 22), § 18 Rn. 11.

<sup>24</sup> S. *Noak* JuS 2005, 312, 313.

<sup>25</sup> Dies jedenfalls, wenn man mit der h.M. im Strafrecht annimmt, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit bzw. Leichtfertigkeit in einem Aliud-, nicht einem Plus/Minus-Verhältnis zueinander stehen. S. dazu BGHSt 4, 340, 343; *Hardtung*, in: MüKoStGB, Band 3, 2. Aufl. (2012), § 222 Rn. 1; *Herzberg*, NStZ 2004, 593, 595 ff.

<sup>26</sup> *Mitsch* NJW 2007, 1237, 1240 (in Bezug auf § 238 StGB).

<sup>27</sup> *Kunkel*, a.a.O. (Fn. 6); § 105 Rn. 4.

<sup>28</sup> S. BeckOK StGB/Ziegler StGB § 184f Rn. 5.

<sup>29</sup> Angesichts dessen mutet die Bemerkung *Kunkels*, a.a.O. (Fn. 6), § 105 Rn. 3., im Bereich der jungen Volljährigen bestehe eine Strafbarkeitslücke, durchaus merkwürdig an.

<sup>30</sup> Zu ihr *Streng*, in: NK-StGB (Fn. 20), § 46 Rn. 42 ff.

<sup>31</sup> Zu ihnen *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 1 ff.

<sup>32</sup> Näher *Frister*, in: NK-StGB (Fn. 20), Nach § 2 Rn 88.

### III. Fazit

§ 105 SGB VIII verstößt in Teilen gegen das Grundgesetz, produziert elementare strafrechtliche Wertungswider-

sprüche und ist in der Praxis bedeutungslos. Vielleicht sollte der Gesetzgeber darüber nachdenken, die Vorschrift grundlegend zu reformieren, womöglich gar, sie ersatzlos zu streichen.

#### Aufsätze und Anmerkungen

## Zum Begriff des fairen Verfahrens und der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 6 I, Art. 8 I, II EMRK bei unrechtmäßiger Durchsuchung

Anmerkung zum Urteil vom EGMR Nr. 7215/10 Prade v. Deutschland, Urteil vom 9. Februar 2016

Von Dr. Marcin Byczyk, Rechtsanwalt (Posen, Polen)

### I. Einleitung

Nun scheint eine lange Geschichte zum Ende zu gehen. Mit dem EGMR Urteil in der Rechtssache Prade v. Deutschland vom 9. Februar 2016<sup>1</sup> mag ein langjähriger Rechtsstreit endgültig abgeschlossen worden sein, in dem zweimal der volle Instanzenzug durchlaufen wurde<sup>2</sup> und zwei Verfassungsbeschwerden erhoben wurden.<sup>3</sup> Diesem Rechtsstreit wurde in der juristischen Fachliteratur bereits einige Aufmerksamkeit geschenkt.<sup>4</sup> Seine gesamte Tragweite scheint aber bisher nicht ausreichend erkannt zu sein.

### II. Sachverhalt

Am 21. September 2004 hat das Amtsgericht München einen Durchsuchungsbeschluss für die Wohnung von Hans-Otto Prade erlassen. Grund dafür bildete der Verdacht, Herr Prade sowie drei andere ehemalige oder noch tätige Vereinsmitglieder des Vereins „R.e.V.“ mögen in betrügerische Ebay-Geschäfte verwickelt gewesen sein.

Dieser Verdacht stützte sich wiederum darauf, dass bei den nicht abgewickelten Geschäften der Verkäufer D. aus München das Konto des Vereins angegeben hatte, für welches Herr Prade als ehemaliger Vorstandsmitglied des Vereins „R.e.V.“ einmal unterzeichnungsbefugt gewesen war. Die Durchsuchung eines zur Wohngemeinschaft gehörenden Zimmers des Beschuldigen Prade wurde am 8. Dezember 2004 vollzogen. Allerdings wurde nichts gefunden, was auf einen Zusammenhang mit dem möglichen Betrug hindeuten würde. Die gegen diese Maßnahme erhobene Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg, da der Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 13 I GG verletzt worden war. Der Grundrechtseingriff in der Form der Wohnungsdurchsuchung „*habe außer Verhältnis zu dem allenfalls geringen Tatverdacht gestanden*“.<sup>5</sup> Mangels vorhandener Beweise für eine Beteiligung des Herrn Prade an den Betrugstaten wurde das Verfahren gegen ihn gemäß § 170 II StPO eingestellt.

Während der Durchsuchung seines Zimmers wurden jedoch zufälligerweise 463.743 Gramm Haschisch entdeckt, welche 39.09 Gramm THC beinhalten, was für 2606 Einzelportionen ausgereicht hätte. Dies führte zu einem anderen Strafverfahren gegen Herrn Prade. Hier wurde er durch das Urteil des LG Hamburg wegen einer Straftat nach § 29a Abs. 2 BtMG zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt. Nach der Würdigung des LG Hamburg sollte die Tatsache, dass der einzige Beweis der Straftat durch eine unrechtmäßige Durchsuchung der Wohnung erlangt worden war, nicht zu einem Verwertungsverbot führen, da dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung der Vorrang gebühre. Diese Einschätzung wurde sowohl

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22Prade%20v.%20Germany%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-160990%22%5D%7D> (15.4.2016).

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.11.2005 – 2 BvR 728/05, u.a. – NStZ-RR 2006, S. 110; BVerfG, Beschl. v. 2.7.2009 – 2 BvR 2225/08, BVerfGK 16, 22 – 31 = HRRS 2009 Nr. 648.

<sup>3</sup> Vgl. AG München, Urte. v. 21.09.2004 – ER IV Gs 10671/04; LG München I Urte. v. 01.04.2005 – 6 Qs 12/05; LG Hamburg, Urte. v. 5.10.2007 – 704 Ns 72/07; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.9.2008 – 10/08 (REV).

<sup>4</sup> *Dallmeyer* HRRS 2009, 429 ff.

<sup>5</sup> 2 BvR 728/05, Rn. B I 2. u.a. – NStZ-RR 2006, 110.

durch das Revisionsgericht<sup>6</sup> wie als auch seitens des Bundesverfassungsgerichts geteilt. Diesem letzten zufolge sei „bei der Frage eines Beweisverwertungsverbots wegen Mängeln der Durchsuchung [...] eine Abwägung des Strafverfolgungsinteresses mit dem betroffenen Individualinteresse erforderlich“.<sup>7</sup>

In seiner Beschwerde zum EGMR führte Prade an, sein Grundrecht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 I EMRK sei verletzt worden, weil ein unrechtmäßig erworbener Beweis in keinem Strafverfahren verwendet werden dürfe.<sup>8</sup> Ebenso machte er geltend, dass sein Menschenrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gemäß Art. 8 I EMRK bei einem hier vorliegenden minderschweren Vergehen Vorrang vor dem eventuellen öffentlichen Interesse an der Verfolgung von Straftaten habe.

### III. EGMR Entscheidung

#### 1. Zur Verletzung des Art. 6 I EMRK

„There has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention“ lautete der einstimmig beschlossene Tenor der am 9.2.2016 ausgesprochenen Entscheidung des EGMR.<sup>9</sup> Die wesentliche Argumentation, die zu diesem Schluss geführt hatte, lässt sich mit folgenden Sätzen zusammenfassen.

Die EMRK selbst lege keine Regeln für die Zulässigkeit von Beweisen im Strafverfahren fest.<sup>10</sup> Daher beschränke sich der im Art. 6 I EMRK festgelegte Maßstab ausschließlich auf die Frage, ob das Verfahren insgesamt fair gewesen sei.<sup>11</sup> Dabei komme der Möglichkeit, die erhobenen Beweise vor Gericht beanstanden zu können, eine hervorragende Bedeutung zu.<sup>12</sup> Bei der Beurteilung, ob ein faires Verfahren vorlag, dürfe das öffentliche Interesse daran, die jeweiligen Taten zu bestrafen, berücksichtigt werden und gegen das individuelle Interesse des Beschuldigten, Beweise nur rechtmäßig zu erheben, abge-

wogen werden.<sup>13</sup> Angesichts der Tatsache, dass die nationalen Gerichte in dem vorliegenden Fall sorgfältig die Anerkennung eines Verwertungsverbotes in Erwägung gezogen hätten und die Menge des vorgefundenen Hasisch beträchtlich<sup>14</sup> gewesen sei, sei die Annahme, das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Straftaten überwiege das Interesse des Beschuldigten an einer rechtmäßigen Erhebung der Beweise, nicht willkürlich oder unverhältnismäßig gewesen.<sup>15</sup>

#### 2. Kritische Würdigung der Entscheidung des EGMR zur Verletzung des Art. 6 I EMRK

Es ist an dieser Stelle geboten, der Kernaussage der EGMR-Entscheidung im Hinblick auf die Begründung einer mangelnden Verletzung des Art. 6 I EMRK Beachtung zu schenken. Sie liegt in dem Abwägungsprinzip, dass EGMR in aller Deutlichkeit (und erneut<sup>16</sup>) beteuert und weiterentwickelt: Unrechtmäßig erhobene Beweise dürfen im Strafverfahren verwertet werden, solange bei der Gesamtwürdigung des konkreten Verfahrens das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Kriminalität das Interesse des Einzelnen auf Einhaltung der prozessualen Regeln überwiege.<sup>17</sup> Es kann auch anders und wohl einfacher zum Ausdruck gebracht werden: Das Recht auf ein faires Verfahren umfasse kein absolutes Verbot, *fruits of the poisonous tree* zu verwenden.<sup>18</sup>

Ob dieser Feststellung letztlich zuzustimmen ist, kann zunächst dahinstehen. Wichtiger ist es, zunächst den darin zum Ausdruck gelangenden Relativismus der EMRK zu unterstreichen und die interne Widersprüchlichkeit der Entscheidung hervorzuheben. In erster Linie diese Widersprüchlichkeit soll hier besprochen werden.

#### a) Der interne Widerspruch in der Begründung der EGMR-Entscheidung

Der angedeutete interne Widerspruch ist darauf zurückzuführen, dass sich der EGMR einerseits dafür entschei-

<sup>6</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 16.9.2008 – 10/08 (REV).

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 2.7.2009 – 2 BvR 2225/08, Rn. 17, BVerfGK 16, 22 – 31 = HRRS 2009 Nr. 648.

<sup>8</sup> EGMR Prade v. Deutschland, Urteil vom 9. Februar 2016, § 30.

<sup>9</sup> EGMR, Prade v. Deutschland, (Fn. 8), § 30.

<sup>10</sup> EGMR, Prade v. Deutschland, (Fn. 8), § 32 mit Bezugnahme auf frühere Rechtsprechung: EGMR Schenk v. Schweiz, Urteil vom 12. Juli 1988 = NJW 1989, 654 ff. sowie EGMR Teixeira de Castro v. Portugal, Urteil vom 9. Juni 1998 = NStZ 1999, 47 ff. mit Anm. Sommer, vgl. auch Gaede JR 2009, 493, 494.

<sup>11</sup> Kritisch dazu Gaede, Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 804 ff., mit der Kritik von: „Maßstabslosigkeit, die dem normativen Charakter von Art. 6 nicht gerecht wird“; vgl. auch ders., StV 2004, 44, 48 und ders. HRRS 2006, 248, Renzikowski, in: ders. (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentliches Recht, 2004, 97, sowie Ashworth, Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure, 2002, S. 35.

<sup>12</sup> EGMR, Prade v. Deutschland, (Fn. 8), Rn. 34 mit Bezugnahme auf EGMR Szilagyi v. Rumänien Urteil vom 17. Dezember 2013. Zur Frage von Beweisverwertungsverböten in Deutschland vgl. auch BGH NJW 2009, 2463, 2467.

<sup>13</sup> EGMR, Prade v. Deutschland, (Fn. 8), § 35. Wortwörtlich heißt es: „may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully“. Es wird in diesem Zusammenhang von der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ gesprochen, vgl. Rzepka, Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000, S. 264 und ff., Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016, S. 24 (das verfassungsrechtlich abgesicherte Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege); Niemöller/Schuppert AöR 1982, 387, 398 ff., Brunhöber ZIS 2010, 761, 767.

<sup>14</sup> EGMR, Prade v. Deutschland, (Fn. 8), § 41, „considerable“.

<sup>15</sup> EGMR, Prade v. Deutschland, (Fn. 8), § 41, vgl. auch EGMR Jalloh v. Germany, Urteil vom 11. Juli 2006, §§ 97-99 = EGMR StV 2006, 617 ff.

<sup>16</sup> In diese Richtung schon EGMR, Schenk v. Schweiz, (Fn. 10), NJW 1989, 654 ff., Jalloh v. Germany (Fn. 15), EGMR StV 2006, 617 ff. Vgl. auch Lubig/Sprenger ZIS 2008, 434.

<sup>17</sup> Diese Gesamtschau als Auslegungsmaßstab des Prinzips des fairen Verfahrens wurde schon im Hinblick auf die Besuchsraum-Entscheidung (BGH NJW 2009, 2463) kritisiert und abgelehnt, siehe dazu Rogall, HRRS 2010, 289, 291 ff.; Zuck JR 2010, 17 und ff.; Brunhöber ZIS 2010, 761, 770.

<sup>18</sup> Hofmański/Wróbel, Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. 1, Komentarz do artykułów 1–18, 2010, S. 338.

det, sich von den Beweisregeln der einzigen Rechtsordnungen fernzuhalten.<sup>19</sup> Andererseits stellt er aber zugleich fest, dass im konkreten Fall der Grad an Unrecht<sup>20</sup> bei der Erhebung der Beweise nicht besonders schwer gewesen sei. Dabei muss allerdings die Frage aufgeworfen werden, nach welchem Maßstab dieses Unrecht gemessen werden soll. Wenn man sich auf die EMRK selbst bezieht, dann steht es außer Frage, dass eine unrechtmäßige Durchsuchung der Wohnung für sich genommen bereits eine zusätzliche Verletzung der gemäß Art. 8 I EMRK gebotenen Achtung der Unversehrtheit der Wohnung nahe legt.<sup>21</sup> Sollte dies dem Grunde nach bestritten werden, dann müsste wohl auf die gesamte Idee der Unverletzlichkeit der Wohnung verzichtet werden. Wenn die Unrechtmäßigkeit dagegen auf der Ebene der jeweiligen nationalen Rechtsordnung geprüft werden sollte, dann würde dies die Funktion des EGMR in Frage stellen, weil dann die in der nationalen Rechtsprechung herrschende Meinung maßgebend wäre, nach der die eine oder andere Verletzung der Beweisregeln kein zu großes Unrecht darstellen soll. Ein einheitlicher Standard gemäß Art. 6 I EMRK wäre damit zumindest in seinem Kern wesentlich gefährdet, wenn nicht vollständig ausgehöhlt.

Eine solche Hinwendung zur Ansicht der nationalen Rechtsordnung ist auch an einer anderen Stelle dieser Entscheidung zu erkennen, und zwar bei der Untersuchung der Schwere der Tat. Wenn EGMR das Interesse des Staates an der Bestrafung der Tat berücksichtigt, dann ist er eigentlich gezwungen die nationale Perspektive der Bewertung der materiellen Rechtswidrigkeit anzunehmen. Denn gerade im vorliegenden Fall des Besitzes von Betäubungsmitteln wäre die Schlussfolgerung, es handle sich um ein schweres Verbrechen, in einer rechtsvergleichenden Perspektive äußerst problematisch. Es muss hier nicht in aller Ausführlichkeit vorgetragen werden, dass die hier einschlägige Tat in den europäischen Ländern sehr unterschiedlich verfolgt wird. Die Übernahme der nationalen Perspektive mag gar dazu führen<sup>22</sup>, dass der Staat die Strafgesetze willkürlich nur zu diesem Zwecke schärfen wird, um die weitgehenden Unregelmäßigkeiten bei Beweiserhebung in der strafrechtlichen Ahnung einiger Taten immer noch als fair ausweisen zu können. Dies würde eine Sackgasse darstellen. Insbesondere bei der Bekämpfung der Wirtschafts- und Internetkriminalität könnte die Versuchung zum Tragen kommen, die Beweise durch eine illegale, weitreichende Überwachung der Bürger zu erlangen. Es wäre daher angemessen gewesen, die Perspektive der nationalen Rechtsordnung nicht mit der internationalen Perspektive

der EMRK zu vermischen, sondern diese vielmehr weiter strikt zu trennen.

## b) Der Relativismus in der Entscheidung vom EGMR

Ferner hat der EGMR, was bereits angedeutet wurde, in seiner Entscheidung wiederum den Begriff des öffentlichen Interesses dem individuellen Interesse argumentativ gegenüber- und in den Mittelpunkt gestellt. Es ist fraglich, ob eine solche Gegenüberstellung überhaupt sinnvollerweise vorgenommen werden kann.<sup>23</sup> Denn in einer rechtsstaatlichen Gesellschaft sollte eher ein anderer, allgemeiner Konsens vorausgesetzt werden. Er sollte darin bestehen, dass die Strafverfolgung rechtmäßig erfolgen muss.<sup>24</sup> Dieser Konsens kommt in den Strafprozessordnungen europäischer Länder zum Ausdruck, die unter anderem absolute Beweisverwertungsverbote gewährleisten.<sup>25</sup> Und es darf nicht übersehen werden, dass diese Strafprozessordnungen durch demokratisch legitimierte Gesetzgeber als Ausdruck des Volkswillens eingeführt wurden – und zwar nicht zu dem Zweck, dass sie überschritten werden sollen<sup>26</sup>. Wer hier für die Anerkennung irgendeines vagen öffentlichen Interesses plädiert, wird – gerade auf der völkerrechtlichen Ebene – sorgfältig erwägen müssen, ob es sich tatsächlich um das Interesse der jeweiligen Gesellschaft handelt oder ob es bloß um das Interesse des Staates geht, seine Inkompetenz in der Verfolgung der Straftaten zu überspielen, indem man – geschichtlich sehr belastet<sup>27</sup> – auf den mutmaßlichen Willen der Öffentlichkeit Bezug nimmt.

Als eine wichtige Konsequenz dieses Relativismus ist Gefahr der weitergehenden Verallgemeinerung zu nennen. Denn wenn es zulässig sein sollte, das öffentliche Interesse gegen das individuelle Interesse insoweit abzuwägen, werden umso schwerwiegendere Unregelmäßigkeiten in der Erhebung der Beweise hingenommen werden, je größer das öffentliche Interesse vermutet wird. Dann dürfte es möglich sein, bei sehr schweren

<sup>19</sup> Vgl. bereits EGMR, Schenk v. Schweiz, (Fn. 10), NJW 1989, 654 ff.

<sup>20</sup> EGMR, Prade v. Deutschland, (Fn. 8), § 41, wortwörtlich: „the nature and degree of the unlawfulness“.

<sup>21</sup> EGMR, Niemietz v. Deutschland, Urteil vom 5. April 1990 = EuGRZ 1993, 65 ff. Vgl. unten III. 4. Es ist dabei darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Wohnung sehr weit verstanden wird, vgl. Nowicki, Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, 2013, S. 726 und ff., Hofmański/Wróbel (Fn 18), S. 340.

<sup>22</sup> Über die Grenzen der Konkretisierung des Rechts aus Art. 6 EMRK durch die Vertragsstaaten der EGMR vgl. Gaede (Fn. 11), S. 687 ff., 712 ff.; Vgl. auch Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., 2016, S. 142 ff.

<sup>23</sup> Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine Einschränkung dieses Konventionsrechtes im Fall eines kollidierenden, überwiegenden öffentlichen Interesses als zulässig angesehen wird, vgl. dazu Gaede (Fn. 11), S. 700; Brunhöber ZIS 2010, 761, 768.

<sup>24</sup> Es sind sogar mehrere *contra* oder *praeter legem* Entscheidungen auf der nationalen Ebene ergangen, die diese Rechtmäßigkeit der Strafverfolgung absichern, vgl. BVerfG StV 2002, 578, 580 f., BGHSt 46, 93, 94 ff., BGH NStZ 2010, 53; BVerfGE 62, 338. Vgl. auch Lubig/Sprengler ZIS 2008, 433, 440: „Die Fairness aber ist eine für die Legitimität der gesamten Strafverfolgung notwendige Voraussetzung“.

<sup>25</sup> Vgl. dazu Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, München 2003, ders., GA 2008, 473 und Lubig/Sprengler, ZIS 2008, 433 ff.

<sup>26</sup> Aber es zuzustimmen, dass nicht jede rechtswidrige Beweiserhebung schon automatisch zur Verletzung von Konventionsregeln führt, siehe dazu Paeffgen, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band X, 4. Aufl., 2014, Art. 6 EMRK Rn. 5 und ff. Anderes gilt aber für eine solche, die ebenfalls eine Konventionsverletzung begründet.

<sup>27</sup> Zur Rolle des Volkswillens im Strafrecht vgl. z. B. P. Dahm, Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, Berlin 1935.

Taten die Schwelle zu überschreiten, nach der sämtliche Beweise, vollkommen ungeachtet ihrer Herkunft und der Art und Weise ihrer Erhebung, im Strafprozess zugelassen werden.<sup>28</sup> Dagegen ist einzuwenden, dass dieses Prinzip nicht als relativ angesehen werden sollte, und wenn schon, dann in einer ganz anderen Richtung: Je schwerer die Tat ausfällt, die einem Beschuldigten zur Last gelegt wird, desto sorgfältiger müssen die Beweise zu ihrem Nachweis erhoben und bewertet werden.

Diese Sichtweise mag als eine idealistische und praxisfremde Einstellung herabwürdigt werden. Dennoch erscheint gerade diese Einstellung begründet oder doch ebenso vertretbar zu sein. Dies wird unter anderem deutlich, wenn man den Blick auf die europaweite Organisation der Strafverfolgung richtet: Hier werden der Justiz mit der wachsenden Schwere der Tat weiterreichende Sorgfaltspflichten auferlegt. Dies geschieht etwa dadurch, dass die Zuständigkeit im ersten Rechtszug bei höheren und besser besetzten Gerichte vorgesehen wird oder das Erfordernis einer Pflichtverteidigung eingeführt wird.<sup>29</sup>

### c) Zwischenergebnis

Diesen Teil der Ausführungen zusammenfassend lässt sich feststellen: Die Tatsache, dass der EGMR jetzt im Wesentlichen der Argumentation der deutschen Gerichte folgt, die sich „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“<sup>30</sup> zuwenden, schwächt europaweit die Reichweite des Grundrechtsschutzes. Als weitere, unmittelbare Konsequenz dieser Entscheidung ergibt sich, dass das Bedürfnis zu einer strukturierten und rechtmäßigen Bekämpfung der (Drogen)kriminalität in den Hintergrund rückt. Stattdessen wird die Begründung eines mutmaßlichen öffentlichen Interesses an der Verwertung zufällig aufgefunderer, strafrechtlich relevanter Beweise die zentrale Bedeutung erlangen.

Letztendlich sei an dieser Stelle noch auf eine Lösungsalternative hingewiesen. Es wäre vielleicht viel transparenter, wenn sich der EGMR, anstatt ein vages Abwägungsprinzip weiterzuentwickeln, eher mit der *doctrine of the fruits of the poisonous tree* näher auseinandersetzen würde. Denn diese *doctrine* gilt nicht ausnahmslos und es sind vor allem solche Ausnahmen erkannt, die mit der sogenannten *good faith exception* zusammenhängen.<sup>31</sup> Daraus ergibt sich, dass eine fehlerhafte Durchsuchung es nicht automatisch ausschließt, dass die durch sie aufgefundenen Beweise im Strafprozess zu verwerten. Dies gilt, solange die Personen, die diese Durchsuchung vollzogen

haben, gutgläubig waren. Dafür wäre es allerdings erforderlich, in der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 8 I EMRK einen ganz anderen Ansatz zu entwickeln.

### 3. Zur Verletzung des Art. 8 I EMRK

Zu einer möglichen Verletzung des Artikel 8 I EMRK äußerte sich EGMR gar nicht. Der Grund dafür lag in der Feststellung, dass die sechsmonatige Frist zum Einreichen der Beschwerde überschritten wurde. Nach dem hiesigen Sachverhalt ist dies als eine zutreffende Einschätzung einzustufen. Für die Zwecke dieser Anmerkung soll jedoch in aller Kürze noch erwogen werden, wie die Prüfung eines solchen Vorwurfs hätte ausfallen müssen, wäre er rechtzeitig erhoben worden. Dies kann Auswirkungen auf die Beurteilung einer möglichen Verletzung des Art. 6 I EMRK haben.

### 4. Prüfung der Verletzung vom Art. 8 I EMRK

In seiner *submission* machte Prade geltend, durch die unrechtmäßige Durchsuchung seiner Wohnung sei sein Recht auf Achtung des Privatlebens verletzt worden. Angesichts der Tatsache, dass EGMR keinerlei Erwägungen in dieser Hinsicht anstellte, sei darauf hingewiesen, dass in der bisherigen Rechtsprechung vom EGMR bestimmte Bedingungen entwickelt worden sind, unter welchen eine Durchsuchung der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung nicht als ein unzulässiger Eingriff im Sinne des Art. 8 I EMRK anzusehen ist. Hierzu ist unter anderem erforderlich, dass der Verdacht der strafbaren Tat hinreichend konkretisiert wird, die zu durchsuchenden Räumlichkeiten genau angegeben werden und dass die Durchsuchung nicht unverhältnismäßig bemessen sein darf.<sup>32</sup> Bei den angeordneten Durchsuchungen sind ferner bestimmte Garantien einzuhalten, wie z. B. das Berufsgeheimnis oder die Möglichkeit, die Staatsgewalt wegen einer unrechtmäßigen Durchsuchung zur Verantwortung ziehen zu können.<sup>33</sup> Die im Artikel 8 II EMRK dargelegten Ausnahmen sind außerdem eng auszulegen.<sup>34</sup>

Die Anwendung dieser Maßstäbe auf den vorliegenden Fall legt die Schlussfolgerung nahe, dass es zu einer eindeutigen Verletzung des Rechts auf Unversehrtheit der Wohnung gekommen ist, zumal der Tatverdacht nicht hinreichend konkretisiert worden war und es andere, weniger drastische Maßnahmen gab, welche die Behörden hätten einsetzen können, um „den allenfalls geringen Tatverdacht zu erhärten oder endgültig zu zerstreuen“.<sup>35</sup> Auch das Argument, die Menge des vorgefundenen Haschischs

<sup>28</sup> Im Lichte der bisherigen Rechtsprechung des EGMR muss sogar die Feststellung, dass es zur Verletzung vom Art. 3 EMRK kam, nicht zwingend zur Annahme einer Verletzung des Art. 6 I EMRK führen, vgl. schon EGMR, Jalloh v. Germany (Fn. 15), EGMR StV 2006, 617 ff. und dazu das Sondervotum vom Richter *Bratza*.

<sup>29</sup> Vgl. z. B. § 140 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO.

<sup>30</sup> *Dallmeyer* HRRS 2009, 429, zu diesem „Zauberwort“ vgl. auch *Kühne* in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, I – Vorbemerkung Rn. 42, *Hassamer* StV 1982, 275.

<sup>31</sup> Vgl. *United States v. Leon* (468 U.S. 897), *Massachusetts v. Sheppard* (468 U.S. 981).

<sup>32</sup> EGMR, *Niemietz v. Deutschland*, (Fn. 21), EuGRZ 1993, 65 ff., *Esser* in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl. 2011, EMRK Art. 8 Rn 18 und ff., *Nowicki* (Fn. 21), S. 730.

<sup>33</sup> EGMR *Funke v. Frankreich*, Urteil vom 25. Februar 1992 = Series A no. 256-A.

<sup>34</sup> EGMR *Klass und andere vs. Deutschland*, Urteil vom 6. September 1978 = NJW 1979, 1755 ff.

<sup>35</sup> 2 BvR 758/05. Vgl. auch BGHSt 24, 125, 130, LG Bonn NJW 1981, 293, *Gössel* NJW 1981, 654.

hätte die Durchsuchung gerechtfertigt<sup>36</sup> ist vollkommen unzutreffend: Die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung kann nicht im Wege einer hypothetischen Spekulation davon abhängig gemacht werden, was aufgefunden wird, da man hier eine Perspektive *ex ante* und nicht eine *ex post*-Perspektive einnehmen muss. Anderenfalls könnte z.B. immer eine Straftat gemäß § 123 I StGB dadurch gerechtfertigt werden, dass beim Hausfriedensbruch wertvolle Beweise über eine Straftat vorgefunden wurden.

Es bleibt noch zu klären, welches Verhältnis zwischen der Verletzung des Menschenrechts auf Achtung der Wohnung durch eine rechtswidrige Durchsuchung im Strafprozess (Art. 8 I EMRK) und dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 I EMRK) besteht.

Bekanntlich ist dieses Verhältnis unter den Richtern des EGMR höchst umstritten.<sup>37</sup> In der maßgebenden Entscheidung in der Rechtssache *Bykov vs. Russia* äußerte die Mehrheit der *Grand Chamber* die Behauptung, ein faires Verfahren könne auch dann noch vorliegen, wenn die in ihm verwendeten Beweise auf einer Verletzung des Art. 8 I EMRK beruhen. Dagegen wendet sich die Ansicht, die in der Form von abweichenden Meinungen schon mehrmals in der EGMR-Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht wurde. So heißt es etwa: „*If violating Article 8 can be found as fair, then I cannot see how the police can be effectively deterred from repeating their impermissible conduct*“.<sup>38</sup> Zur Begründung dieser Ansicht wird ferner angeführt, dass ein faires Verfahren seine rechtmäßige Durchführung voraussetze<sup>39</sup>.

Dem ist beizupflichten. Es ist nur im Anschluss an die obigen Ausführungen klar zu stellen, dass diese Rechtmäßigkeit nicht an nationalen Maßstäben gemessen werden sollte. Folglich sollte der Umstand, dass nach der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung auch Beweise, die auf gravierenden Verfahrensfehlern bei Durchsuchungen beruhen, nicht automatisch einem Verwertungsverbot unterliegen, insoweit ohne Bedeu-

tung bleiben, falls diese Verfahrensfehler die Schwelle zur Verletzung eines Konventionsmensenrechts übertreten. Daher scheint es angemessen, vor der Prüfung der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren die Prüfung voranzuschalten, ob die anderen durch die Konvention verbürgten Rechte beachtet worden sind. Hier sind vor allem die Menschenrechte betroffen, welche in den Artikeln 3 und 8 I EMRK niedergelegt worden sind. Dieser gedankliche Schritt ist auch dann unentbehrlich, wenn aus formellen Gründen die eigenständige Entscheidung bezüglich der Verletzung dieser Rechte an sich nicht gefasst werden kann.

Die vorliegende Entscheidung versäumt diese Prüfung. Dies muss als enttäuschend bewertet werden, zumal hier keine Ausnahme von der Verletzung vom Art. 8 I EMRK in Anlehnung an eine *good faith exception* anzuerkennen war. Der Ansatz an einer solchen Ausnahme wäre angesichts ihres engen Anwendungsspielraums sicherlich viel besser dazu eignet, einen hohen Fairnessstandard zu gewährleisten, als das jetzige Abwägungsprinzip, das der EGMR verfolgt. Daher sei hier abschließend betont: Wenn es im Laufe eines Strafprozesses zu konventionsrelevanten Menschenrechtsverletzungen kommt, die im sachlichen Zusammenhang mit diesem Prozess stehen – und nicht nur bloß bei Gelegenheit (wie etwa die Verletzung der Religionsfreiheit eines inhaftierten Beschuldigten) – auftreten, dann ist dieser Prozess nicht mehr fair im Sinne des Art. 6 I EMRK.

#### IV. Fazit

Abschließend bleibt zu bekräftigen: Es ist bedauerlich, dass EGMR auf die Möglichkeit verzichtet hat, dem Staat eine gelbe Karte zu zeigen und unterstreichen: zufällig und unrechtmäßig aufgefundenen Beweise sind in Europa nicht der richtige Weg, um Kriminalität zu bekämpfen. Ebenso hätte der EGMR anerkennen sollen, dass das Recht auf ein faires Verfahren auch den Grundsatz umfasst, dass infolge einer grundrechtswidrigen Wohnungsdurchsuchung erlangte Gegenstände in einem Strafverfahren nicht als Beweise oder Informationen dienen können. Er hätte bekräftigen sollen, dass es unfair ist, wenn ein Strafverfahren eingeleitet wird, nachdem der Staat sich Beweise durch rechtswidrige Eingriffe in die Privatsphäre beschafft hat – und zwar unabhängig von der Frage, um welche Straftat es bei diesen Beweisen ging.<sup>40</sup> Damit hätte er unterstrichen, dass ein Strafprozess nicht mehr als fair angesehen werden kann, wenn im sachlichen Zusammenhang mit ihm grundlegende Menschenrechte verletzt werden.

<sup>36</sup> OLG Hamburg, Beschluss v. 16.9.2008, 10/08 (REV).

<sup>37</sup> Vgl. schon EGMR, *Schenk v. Schweiz*, (Fn. 10), NJW 1989, 654 ff.; EGMR *P.G. und J.H. v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 25. September 2001 = ECHR 2001-IX.

<sup>38</sup> Sondervotum vom Richter *Loucaides* in EGMR, *Khan. v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 12. Mai 2000 = RJD 2000-V ff. Vgl. auch Sondervotum von den Richtern *Pettiti, Spielmann, De Meyer und Carrillo Salcedo* in EGMR, *Schenk v. Schweiz*, (Fn. 10), NJW 1989, 654 ff., die es deutlich zum Ausdruck gebracht haben: „*No court can, without detriment to the proper administration of justice, rely on evidence which has been obtained not only by unfair means but, above all, unlawfully. If it does so, the trial cannot be fair within the meaning of the Convention.*“ und Sondervotum des Richters *Tulkens* in EGMR, *EGMR P.G. und J.H. v. Vereinigtes Königreich* (Fn. 38), ECHR 2001-IX.

<sup>39</sup> Diese Ansicht wird auch in der neueren Fachliteratur vertreten, vgl. *Jung* GA 2003, 193; ders. GA 2009, 651, 654 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Sondervotum des Richters *Spielmann* in EGMR *Bykov v. Russland*, Urteil vom 10. März 2009 = HRRS 2009 Nr. 360 mit Anm. *Gaede* JR 2009, 493 ff.

### Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Schrifttum

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Rechtsprechung

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

*Hinweis* Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR – und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

#### **994. BVerfG 1 BvR 2022/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. September 2016 (OLG München)**

Einstweilige Anordnung gegen eine sitzungspolizeiliche Verfügung (Beschränkung der Bildberichterstattung; Presse- und Rundfunkfreiheit; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Ermessensausübung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Ablehnung des Betroffenen kein ausreichender Grund für ein Aufnahmeverbot; Anonymisierungsanordnung als milderes Mittel gegenüber einem Aufnahmeverbot; Informationsinteresse der Öffentlichkeit auch bezüglich der Mitglieder des Spruchkörpers; unverhältnismäßige Beschränkung von Aufnahmen der Mitglieder des Spruchkörpers auf die Zeit vor Aufruf der Sache; Vorrang der „Pool-Lösung“; Folgenabwägung bei Anonymisierungsanordnung; Überwiegen der Interessen des Angeklagten).

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 176 GVG

#### **995. BVerfG 2 BvR 770/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. September 2016 (OLG Düsseldorf)**

Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Frankreich aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Überprüfbarkeit der Auslieferungsunterlagen; notwendige Angaben zu den Tatumständen; Angaben zu Tat und Tatort; Zweifel an ausreichendem Auslandsbezug bei möglichem Handlungs-ort im Inland); Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde mangels Vorlage des Europäischen Haftbefehls.

Art. 16 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 80 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2

IRG; § 83a Abs. 1 Nr. 5 IRG; Art. 8 Abs. 1 Buchstabe e RbEuHb; § 9 StGB

**996. BVerfG 2 BvR 1103/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Oktober 2016 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)**

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Nichteinhaltung der gesetzlichen Überprüfungsfrist; Sicherstellung einer rechtzeitigen Entscheidung; verfahrensrechtliche Absicherung des Freiheitsgrundrechts; Darlegung der Gründe einer Fristüberschreitung in der Fortdauerentscheidung; Fristsetzung gegenüber dem Sachverständigen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67e Abs. 2 StGB

**997. BGH 3 StR 149/16 – Beschluss vom 28. Juli 2016 (LG Hannover)**

BGHR; keine ausschließliche Beweiskraft des Protokolls hinsichtlich der Gelegenheit des Angeklagten zur Äußerung (wesentliche Förmlichkeiten der Hauptverhandlung; gesetzmäßiger Ablauf; positive und negative Beweiskraft des Protokolls; Hinweis auf Schweigerecht im Protokollvermerk); Volksverhetzung (Auffordern zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen; feindselige Aufforderungen gegenüber Ausländern zum Verlassen des Landes; objektiver Sinngehalt der Erklärung; Mehrdeutigkeit; tragfähiger Ausschluss anderer Deutungsmöglichkeiten). § 243 StPO; § 273 StPO; § 274 StPO; § 130 StGB; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

**998. BGH 3 StR 195/16 – Beschluss vom 26. Juli 2016 (LG Wuppertal)**

Kein Beleg der mittäterschaftlichen Einfuhr von Betäubungsmitteln durch die getroffenen Feststellungen (Täterschaft trotz fehlender eigenhändiger Verbringung ins Inland; Tatherrschaft; Wille zur Tatherrschaft; Gewicht des Tatbeitrags; Tatinteresse; Übergabe von Reisespesen an einen Beteiligten; zukzessive Beteiligung; Beendigungszeitpunkt).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

**999. BGH 3 StR 283/16 – Beschluss vom 6. September 2016 (LG Mönchengladbach)**

Keine straferschwerende Berücksichtigung der Tatbegehung unter laufender Bewährung bei lediglich ausstehendem Beschluss über den Erlass der Strafe.

§ 56a StGB; § 56g StGB

**1000. BGH 3 StR 299/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Osnabrück)**

Rechtsfehlerhafter Strafausspruch (unzutreffende Zuordnung von Vorstrafen).

§ 46 StGB

**1001. BGH 3 StR 530/15 – Beschluss vom 6. September 2016 (LG Wuppertal)**

Berichtigung des Urteilstenors (Angabe der gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Angeklagter für den Verfallsbetrag).

§ 260 StPO

**1002. BGH 5 StR 125/16 – Urteil vom 14. September 2016 (LG Berlin)**

Grenzen der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Strafzumessungsentscheidung; rechtsfehlerhafte Berechnung des Wertersatzverfalls (unbegründeter „Sicherheitsabschlag“); Besetzungsrüge (Fortbildungsveranstaltung als Verhinderungsgrund); unzulässig erhobene Verahrensrüge.

§ 337 Abs. 1 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 338 Nr. 1 StPO; § 21e Abs. 3 GVG; § 344 Abs. 2 StPO

**1003. BGH 5 StR 274/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1004. BGH 5 StR 84/16 – Urteil vom 27. September 2016 (LG Neuruppin)**

Lückenhafte Beweiswürdigung zum Fehlen des Tötungseventualvorsatzes bei einem gemeinschaftlich begangenen Angriff (Anforderungen an die Prüfung von Wissens- und Willenselement; gefährliche Gewalthandlung; Hemmschwelle; gemeinschaftliche Begehung; Verwendung gefährlicher Gegenstände; eingeschränkte revisionsgerichtliche Überprüfung; widersprüchliche, unklare oder lückenhafte Beweiswürdigung).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**1005. BGH 5 StR 305/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Görlitz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1006. BGH 5 StR 332/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1007. BGH 5 StR 338/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Frankfurt (Oder))**

Geständige Einlassung als Grundlage der den Schuldpruch tragenden Feststellungen („schlankes“ Geständnis in einfach gelagerten Fällen; freie Beweiswürdigung; Zustandekommen im Rahmen einer Verständigung; Überzeugung von der Richtigkeit des Geständnisses; ergänzende Vernehmung des polizeilichen Ermittlungsführers).

§ 261 StPO; § 257c StPO

**1008. BGH 5 StR 339/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1009. BGH 5 StR 365/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Leipzig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1010. BGH 5 StR 407/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (LG Braunschweig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1011. BGH 5 StR 410/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Leipzig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1012. BGH 5 StR 417/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1013. BGH 5 StR 524/15 – Beschluss vom 13. September 2016**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unzulässig.  
§ 356a StPO

**1014. BGH AK 47/16 – Beschluss vom 22. September 2016**

Evokationsrecht des Generalbundesanwalts bei terroristisch motiviertem versuchtem Mord an einem Polizisten (besondere Bedeutung; Gesamtwürdigung; Schuld- und Unrechtsgehalt; Signalwirkung; Erscheinungsbild der Bundesrepublik); Mordmerkmale (Heimtücke gegenüber Polizeibeamten im Rahmen einer Personenkontrolle; niedrige Beweggründe bei religiös motivierter Tat); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (Fluchtgefahr; Schwerekriminalität).  
§ 211 StGB; § 224 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 Abs. 1 StPO; § 120 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

**1015. BGH StB 26/16 – Beschluss vom 8. September 2016**

Keine Statthaftigkeit der auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer landesrechtlich angeordneten Ingewahrsamnahme.  
§ 28 PolG BW; § 70 FamFG

**1016. BGH StB 29/16 – Beschluss vom 22. September 2016**

Dringender Tatverdacht der Verabredung zum Mord; Fortdauer der etwas mehr als dreieinhalb Jahre andauernden Untersuchungshaft während der laufenden Hauptverhandlung (eingeschränkte Nachprüfbarkeit der Beurteilung des Tatverdachts durch das Beschwerdegericht; Anforderungen an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsanspruch des Beschwerdeführers und dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafverfolgung; Beruhen des Verlaufs der Hauptverhandlung zumindest auch auf dem Prozessverhalten der Angeklagten und ihrer Verteidiger).  
§ 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO; § 121 StPO; Art. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 30 StGB; § 211 StGB

**1017. BGH 1 StR 153/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Amberg)**

Verwerfung der Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**1018. BGH 1 StR 19/16 – Beschluss vom 27. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Gewerbsmäßiger Schmuggel; Steuerhinterziehung (Entnahme aus einem Steuerlager; Steuerbarkeit von Wasserpfeifentabak bei Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften; Tabaksteuer); gewerbsmäßige Steuerhhehlerei.

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; 373 Abs. 1 AO; § 374 Abs. 1 und 2 AO; § 1 Abs. 2 und 8 TabStG

**1019. BGH 1 StR 202/16 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG München I)**

Voraussetzungen des Rücktritts von der Verbrechenverabredung; Strafrahenwahl beim schweren Bandendiebstahl; Voraussetzungen des Sich-Verschaffens bei der Hehlerei.  
§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 244a Abs. 2 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; 259 Abs. 1 StGB

**1020. BGH 1 StR 248/16 – Urteil vom 11. Oktober 2016 (LG Deggendorf)**

Überspannte Anforderungen an die Beweiswürdigung des Tatgerichts bei der Ablehnung des Tötungsvorsatzes nach einer Lebendgeburt (Anforderungen an die Überzeugung des Tatrichters); Voraussetzungen bedingt vorsätzlichen Handelns (Wissenselement; Wollenselement; Kindstötung; erforderliche Gesamtbetrachtung; Bejahung des Eventualvorsatzes auch bei aufgrund psychischer oder alkoholischer Beeinträchtigung fehlendem Risikobewusstseins; Annahme des bedingten Tötungsvorsatzes bei Gleichgültigkeit gegenüber dem Tod des Opfers).  
§ 212 Abs. 1 StGB; § 222 StGB; § 15 StGB; 261 StPO

**1021. BGH 1 StR 300/16 – Beschluss vom 24. August 2016 (LG München I)**

Neuprüfung hinsichtlich der Möglichkeit einer Bewährungsstrafe.  
§ 56 Abs. 1 und 2 StGB

**1022. BGH 1 StR 575/15 – Urteil vom 6. September 2016 (LG München I)**

Steuerhinterziehung (Berücksichtigung ausländischer Steuerzahlungen von Scheingesellschaften; selbstständige Betätigung und Leistung im Sinne des EStG; taugliche Täter); Voraussetzungen der Verwirklichung eines Regelbeispiels durch einen Teilnehmer (Anwendbarkeit einer alten Fassung des Tatbestandes).  
§ 370 Abs. 1 und 3 AO; § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG; § 22 Nr. 3 EStG; § 2 Abs. 1 und 2 StGB; § 8 StGB

**1023. BGH 2 StR 25/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Hanau)**

Nachträglicher Bildung der Gesamtstrafe (maßgeblicher Vollstreckungsstand).  
§ 55 StGB

**1024. BGH 2 StR 41/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Gera)**

Strafzumessung (Annahme eines minder schweren Falles).  
§ 30 Abs. 2 BtMG; § 46 StGB

**1025. BGH 2 StR 104/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1026. BGH 2 StR 123/16 – Beschluss vom 17. August 2016 (LG Bonn)**

Charakterisierung der Einziehung als Nebenstrafe; Einziehung von Sachen nicht unerheblichen Wertes als bestimmender Gesichtspunkt bei der Strafzumessung.  
§ 74 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

**1027. BGH 2 StR 163/16 – Beschluss vom 17. August 2016 (LG Schwerin)**

Eigennützigkeit als Voraussetzung der Mittäterschaft beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 29 BtMG

**1028. BGH 2 StR 218/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1029. BGH 2 StR 267/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Aachen)**

Wirksame Rücknahme des Rechtsmittels.  
§ 302 Abs. 2 StPO

**1030. BGH 2 StR 319/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1031. BGH 2 StR 579/15 – Beschluss vom 27. September 2016**

Urteilskorrektur.

**1032. BGH 2 StR 71/16 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG Gießen)**

Möglichkeit der nachträglichen Berichtigung des Protokolls der Hauptverhandlung.  
§ 274 Satz 1 und 2 StPO

**1033. BGH 2 ARs 130/16 (2 AR 70/16) – Beschluss vom 16. August 2016 (AG Regensburg)**

Entscheidung über die Zuständigkeit (Ordnungswidrigkeitenverfahren).  
§ 68 Abs. 3 Satz 1 OWiG; § 87 Abs. 3 Satz 2 und 4 OWiG; § 57 Abs. 1 Satz 1 GZVJu

**1034. BGH 2 ARs 84/16 (2 AR 42/16) – Beschluss vom 27. September 2016**

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof (Offenlassen der Voraussetzungen des entsprechenden Antrags).  
§ 13a StPO; § 14 StPO; § 19 StPO

**1035. BGH 4 StR 100/16 – Beschluss vom 10. Oktober 2016 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1036. BGH 4 StR 178/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1037. BGH 4 StR 179/16 – Beschluss vom 1. September 2016 (LG Essen)**

Änderung des Schuldspruchs; Anforderungen an die Feststellung der Zueignungsabsicht beim Diebstahl (Geldkassetten).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 265 StPO; § 354 Abs. 1 StPO analog

**1038. BGH 4 StR 214/16 – Beschluss vom 13. September 2016 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1039. BGH 4 StR 221/16 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG Braunschweig)**

Änderung des Konkurrenzverhältnisses (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr).

§ 113 StGB; § 154a Abs. 2 StPO; § 224 Abs. 1 StGB; § 315b StGB

**1040. BGH 4 StR 223/16 – Beschluss vom 28. September 2016 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1041. BGH 4 StR 263/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Freiburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1042. BGH 4 StR 311/16 – Beschluss vom 28. September 2016 (LG Essen)**

Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (mangelnde Fristversäumung).  
§ 44 Satz 1 StPO

**1043. BGH 4 StR 330/16 – Beschluss vom 15. September 2016 (LG Offenburg)**

Änderung des Urteils hinsichtlich der Entscheidung über den Adhäsionsantrag; Zulässigkeit der Vernehmung nichtrichterlicher Verhörspersonen oder Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls.  
§ 252 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**1044. BGH 4 StR 510/14 – Beschluss vom 22. September 2016 (BGH)**

Verwerfung der Erinnerung als unzulässig; Formerfordernisse der Erinnerung gegen den Kostenansatz.  
§ 1 Abs. 5 GKG; § 5a GKG; § 66 GKG; § 130a Abs. 1 Satz 2 ZPO

**1045. BGH 1 StR 154/16 – Urteil vom 7. September 2016 (LG Stuttgart)**

BGHR; Verstoß gegen die Unschuldsvermutung (Voraussetzungen: erforderliche Einzelfallbetrachtung, Fernsehberichterstattung über die Tat; Rechtsfolgen: keine Kompensation im Wege der Vollstreckungslösung, isolierte Anfechtbarkeit der Kompensation, Verfahrenshindernis); Strafzumessung (keine Berücksichtigung negativer Medienberichterstattung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Kontrolle: hinreichende objektive Grundlage).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 1 StPO; § 46 StGB; § 261 StPO

**1046. BGH 1 StR 196/16 – Urteil vom 11. August 2016 (LG Wuppertal)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Voraussetzungen: keine rechtsstaatswidrige Verzögerung, wenn zunächst nur Teile der bestehenden Tatvorwürfe angeklagt werden; Rechtsfolge: Vollstreckungslösung, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 2 StPO

**1047. BGH 1 StR 201/16 – Beschluss vom 16. Juni 2016 (LG Landshut)**

Strafzumessung (keine Berücksichtigung weiterer, nicht festgestellter Taten und ihrer Folgen zu Lasten des Angeklagten).

§ 46 StGB

**1048. BGH 1 StR 221/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Schuldunfähigkeit (Anschluss des Gerichts an eine Beurteilung eines Sachverständigen: Darstellung im Urteil; Anwendung des Zweifelssatzes).

§ 20 StGB

**1049. BGH 1 StR 225/16 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG Augsburg)**

Anordnung des Verfalls (Absehen von der Anordnung, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist oder wegen besonderer Härte: Voraussetzungen, Verhältnis der beiden Absehensgründe zueinander).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 StGB

**1050. BGH 1 StR 232/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (LG Mosbach)**

Revisionsfrist (Beginn der Frist mit Zustellung des Urteils: mehrere Zustellungen); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft: keine eigenhändige Begehung erforderlich).

§ 341 Abs. 2 StPO; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

**1051. BGH 1 StR 285/16 – Beschluss vom 14. Juli 2016 (LG Augsburg)**

Fehlende Schuldfähigkeit (Voraussetzungen: zweistufige Prüfung; Darstellung im Urteil).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**1052. BGH 1 StR 326/16 – Urteil vom 7. September 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Absehen von der Anordnung des Verfalls, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist (Voraussetzung: teilweise Beschränkung des Verfalls).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

**1053. BGH 1 StR 346/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (LG Mannheim)**

Hinweis auf mögliche Bewährungsauflagen vor einer Verständigung (erforderlicher Umfang des Hinweises).

§ 257c StPO; § 56 Abs. 1 Satz 1 StGB

**1054. BGH 1 StR 595/15 – Urteil vom 12. Juli 2016 (LG Cottbus)**

Geldwäsche (Begriff des Verwahrens und des Verwendens bei Buchgeld; Strafausschluss bei Beteiligung an der Vortat: Feststellung der Vortat); richterliche Kognitions-pflicht (Begriff der prozessualen Tat); Anforderungen an die Urteilsdarstellung bei einem Freispruch.

§ 261 Abs. 2 Satz 2, Abs. 9 Satz 2 StGB; § 264 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**1055. BGH 2 StR 101/16 – Urteil vom 7. September 2016 (LG Aachen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung; Umgang mit nicht widerlegbaren Einlassungen des Angeklagten).

§ 261 StPO

**1056. BGH 2 StR 120/16 – Urteil vom 24. August 2016 (LG Kassel)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung in der Urteilsbegründung bei Freispruch).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**1057. BGH 2 StR 124/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1058. BGH 2 StR 574/15 – Beschluss vom 2. August 2016 (LG Erfurt)**

Fehlende Schuldfähigkeit (erforderliche Darstellung im Urteil, ob die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit vermindert war).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**1059. BGH 2 StR 579/15 – Urteil vom 10. August 2016 (LG Erfurt)**

Betrug (Täuschung bei mittelbarer Täterschaft; Vermögensverfügung: keine unmittelbare Vermögensminderung bei rein tatsächlicher Möglichkeit des Vermögensschadens durch weitere deliktische Schritte; bandenmäßige, gewerbsmäßige Begehung; Begriff der Bande, keine Zusammenwirkung bei der Täuschung erforderlich, Begriff der Gewerbsmäßigkeit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 25 Abs. 1 StGB

**1060. BGH 4 StR 90/16 – Beschluss vom 15. September 2016 (LG Berlin)**

BGHSt; Gefährdung des Straßenverkehrs durch falsches Überholen (Begriff des Überholens: strafrechtsspezifische Auslegung).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b) StGB

**1061. BGH 4 StR 153/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Essen)**

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs; unrichtige Gestaltung eines Programms durch Programmmanipulationen: Verwendung selbstständig wirkender Programme; Vermögensschaden: Unmittelbarkeit der Vermögensminderung bei weiteren Handlungen Dritter; Schadenshöhe bei manipulierten Glücksspielen); Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

**1062. BGH 4 StR 160/16 – Beschluss vom 31. August 2016 (LG Hagen)**

Bandendiebstahl (Tatmehrheit bei Deliktserie: Förderung der individuellen Tat).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 53 StGB

**1063. BGH 4 StR 179/16 – Beschluss vom 1. September 2016 (LG Essen)**

Diebstahl (Zueignungsabsicht).

§ 242 Abs. 1 StGB

**1064. BGH 4 StR 194/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Essen)**

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs; unrichtige Gestaltung eines Programms durch Programmmanipulationen: Verwendung selbstständig wirkender Programme; Vermögensschaden: Unmittelbarkeit der Vermögensminderung bei weiteren Handlungen Dritter; Schadenshöhe bei manipulierten Glückspielen); Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten; Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 338 Nr. 5 StPO; § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

**1065. BGH 4 StR 203/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Essen)**

Computerbetrug (betrugsspezifische Auslegung; Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs; unrichtige Gestaltung eines Programms durch Programmmanipulationen: Verwendung selbstständig wirkender Programme; Vermögensschaden: Unmittelbarkeit der Vermögensminderung bei weiteren Handlungen Dritter; Schadenshöhe bei manipulierten Glückspielen); Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.

§ 263a Abs. 1 StGB; § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

**1066. BGH 4 StR 212/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Essen)**

Absehen von Strafe wegen Aufklärungshilfe bei Betäubungsmitteldelikten (kein Aufklärungserfolg erforderlich; Umfang der Strafbefreiung bei fortgesetzter Verkaufstätigkeit); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang; Voraussetzungen, nur indizielle Bedeutung der Beeinträchtigung der Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 64 StGB

**1067. BGH 4 StR 297/16 – Beschluss vom 30. August 2016 (LG Frankenthal)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei Kuriertätigkeiten).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

**1068. BGH 4 StR 351/16 – Urteil vom 15. September 2016 (LG Essen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung aller Beweismittel).

§ 261 StPO

**1069. BGH 4 ARs 21/15 – Beschluss vom 1. September 2016**

Vorlageverfahren; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit).

§ 132 Abs. 2 GVG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

**1070. BGH 1 StR 121/16 – Urteil vom 9. August 2016 (LG Tübingen)**

Begründung der Kriminalstrafe (Vergeltungsgedanke: Bedeutung für die Strafzumessung); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen: erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht, die über die reine Schadenswiedergutmachung hinausgeht).

§ 46 StGB; § 46a Abs. 1 StGB

**1071. BGH 1 StR 128/16 – Urteil vom 13. Juli 2016 (LG Stuttgart)**

Schuldunfähigkeit (erforderliche Gesamtschau, Blutalkoholkonzentration als Indiz); bedingter Tötungsvorsatz (Gesamtbetrachtung; gefährliche Gewalthandlung als Indiz, Spontan- und Affekttat); natürliche Handlungseinheit (Voraussetzungen).

§ 20 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB

**1072. BGH 1 StR 239/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Stuttgart)**

Schuldfähigkeit (Verlust der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit durch eine bipolare Störung; Darstellung im Urteil).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**1073. BGH 1 StR 254/16 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Stuttgart)**

Mögliche Anordnung mehrerer Maßregeln (Vorrang der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gegenüber der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, wenn Maßregel Erfolg bereits durch eine Maßregel erreicht werden kann); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen: Gefährlichkeitszusammenhang)

§ 72 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 63 StGB

**1074. BGH 1 StR 5/16 – Urteil vom 28. Juni 2016 (LG Traunstein)**

Verantwortlichkeit eines Jugendlichen (Voraussetzungen); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Gefährlichkeitsprognose).

§ 3 Satz 1 JGG; § 63 StGB

**1075. BGH 1 StR 52/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Mannheim)**

Anhörungsgrüge (Frist).

§ 356a Satz 2 StPO

**1076. BGH 1 StR 94/16 – Urteil vom 13. Juli 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Mittäterschaft beim Diebstahl und Wegnahme (Voraussetzungen; Mitwirkung am Gewahrsamsübergang); Beihilfe (notwendige Feststellungen).

§ 261 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

**1077. BGH 1 StR 95/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Bemessung von Jugendstrafe (Abwägung von Tatunrecht und Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Jugendlichen).

§ 18 Abs. 2 JGG

**1078. BGH 1 StR 256/16 – Beschluss vom 27. Juli 2016 (LG Kassel)**

Strafzumessung (Berücksichtigung berufsrechtlicher Folgen).

§ 46 Abs. 1 StGB

**1079. BGH 1 StR 331/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Landshut)**

Verhältnis von minderschwerem Fall und gesetzlich ver-typten Strafmilderungsgründen (hier: Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**1080. BGH 1 StR 579/15 – Beschluss vom 22. Juli 2016 (LG Weiden)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**1081. BGH 1 StR 613/15 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; rechtfertigender Notstand (Erforderlichkeit der Notstandshandlung: Begriff, abschließende Lösung der Konfliktlage durch bestehendes Verfahren, hier: schmerzlindernde Eigenbehandlung mit Betäubungsmitteln; Begriff der Gefahr); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hangs, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 34 StGB; § 3 Abs. 2 BtMG; § 64 StGB

**1082. BGH 2 StR 18/16 – Urteil vom 20. Juli 2016 (LG Aachen)**

Strafzumessung (Serientaten; Bemessung der Gesamtstrafe: zu hohes Strafübels aufgrund der Bildung zweier Gesamtstrafen wegen Zäsurwirkung einer Vorverurteilung, Darstellung im Urteil).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

**1083. BGH 2 StR 265/15 – Beschluss vom 28. Juni 2016 (LG Gießen)**

Entpflichtung eines Verteidigers (vom Verteidiger verschuldete wiederholte Fristversäumnis; Wiedereinsetzung hinsichtlich der Revisionsbegründung).

Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK; § 143 StPO

**1084. BGH 2 StR 55/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Aachen)**

Verabredung zum sexuellen Missbrauch von Kindern.

§ 176 Abs. 5 StGB

**1085. BGH 2 StR 60/16 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1086. BGH 2 StR 325/15 – Urteil vom 6. Juli 2016 (LG Erfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1087. BGH 2 StR 406/15 – Urteil vom 18. Mai 2016 (LG Gera)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bei Mitsichführen einer Waffe (Verwirklichung der Qualifikation bei einem einzelnen Handeltreiben mit geringer Menge).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**1088. BGH 2 StR 406/15 – Beschluss vom 19. Mai 2016 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1089. BGH 2 StR 406/15 – Beschluss vom 19. Mai 2016 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1090. BGH 2 StR 406/15 – Beschluss vom 19. Mai 2016 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1091. BGH 2 StR 440/15 – Beschluss vom 12. Juli 2016 (LG Frankfurt a. M.)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1092. BGH 2 StR 454/15 – Beschluss vom 2. August 2016 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision des Nebenklägers als unzulässig (Revisionsbegründung: Verfolgung der Schuldpruchänderung hinsichtlich eines Nebenklagedelikts).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

**1093. BGH GSSt 2/15 (2 StR 495/12) – Beschluss vom 9. August 2016**

Divergenzvorlage an den Großen Senat für Strafsachen; echte Wahlfeststellung zwischen gewerbsmäßige begangenen Diebstahls und gewerbsmäßiger Hehlerei.

§ 132 Abs. 2 GVG; § 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**1094. BGH 2 StR 520/15 – Urteil vom 29. Juni 2016 (LG Koblenz)**

Gründungsschwindel (falsche Angaben über die Erhöhung des Stammkapitals: Verschweigen der fehlenden Verfügungsmöglichkeit der Gesellschaft); Begriff der prozessualen Tat (einheitliche Tat des uneigentlichen Organisationsdelikts; Beschreibung der Tat in der Anklageschrift; Kognitionspflicht des Gerichts); Betrug (Lastschriftenreiterei: Täuschung über den Zweck der Lastschrift); Bankrott (Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen: Begriff, Verhältnis zur Gläubigerbegünstigung).

§ 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG; § 264 Abs. 1 StPO; § 200 Abs. 1 StPO; § 52 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 283c Abs. 1 StGB

**1095. BGH 2 StR 555/15 – Beschluss vom 9. Juni 2016 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1096. BGH 2 StR 588/15 – Urteil vom 29. Juni 2016 (LG Frankfurt a.M.)**

Versuch (Eintritt eines nicht zurechenbaren Erfolgs; Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung); Rücktritt vom Versuch (Rücktrittsvoraussetzungen beim Unterlassenstäter).  
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 13 StGB; § 261 StPO

**1097. BGH 2 StR 588/15 – Beschluss vom 29. Juni 2016 (LG Frankfurt a.M.)**

Verwerfung der Revision des Nebenklägers als unzulässig.  
§ 349 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

**1098. BGH 2 ARs 209/16 (2 AR 106/16) – Beschluss vom 7. Juli 2016 (LG Berlin)**

Ausnahmsweise Anfechtbarkeit der Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO (Zuständigkeit des OLG).  
§ 154 Abs. 2 StPO; § 304 Abs. 1 StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

**1099. BGH 2 ARs 211/16 (2 AR 103/16) – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Potsdam)**

Aussetzung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (zuständige Strafvollstreckungskammer: Begriff des Aufgenommenseins in einer Justizvollzugsanstalt; Zuständigkeitsbestimmung durch gemeinschaftliches oberes Gericht: nur bei Zuständigkeit eines der streitenden Gerichte).  
§ 454 Abs. 1 Satz 1 StPO § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 14 StPO

**1100. BGH 2 ARs 399/15 (2 AR 255/15) – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Freiburg)**

Weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung des OLG im Beschwerdeverfahren.  
§ 301 Abs. 1 StPO

**1101. BGH 4 StR 154/16 – Beschluss vom 19. Juli 2016 (LG Magdeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1102. BGH 4 StR 161/16 – Beschluss vom 21. Juni 2016 (LG Bielefeld)**

Schuldunfähigkeit (Vorliegen einer krankhaften seelischen Störung oder schweren anderen seelischen Abarbeitigkeit: fortdauernde Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (länger andauernde Einschränkung der Schuldunfähig-

keit: länger dauernde geistig-seelische Störung, bei alltägliche Ereignisse die akute erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen, hier: geringfügiger Alkoholkonsum).

§ 20 StGB; § 63 StGB

**1103. BGH 4 StR 225/16 – Beschluss vom 4. August 2016 (LG Bochum)**

Unbegründete Anhörungsgrüge.  
§ 356a StPO

**1104. BGH 4 StR 250/16 – Beschluss vom 19. Juli 2016 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1105. BGH 4 StR 333/16 – Beschluss vom 4. August 2016 (LG Detmold)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1106. BGH 4 StR 552/15 – Beschluss vom 21. Juli 2016 (LG Dortmund)**

Unbegründete Anhörungsgrüge.  
§ 356a StPO

**1107. BGH 4 StR 558/15 – Urteil vom 7. Juli 2016 (LG Frankfurt (Oder))**

Bedingter Tötungsvorsatz (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil: Gesamtbetrachtung, Indizwirkung der Gefährlichkeit der Tathandlung und des Tatmotivs); tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung im Urteil).  
§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StGB; § 81e StPO; § 81h StPO

**1108. BGH 4 StR 562/15 – Urteil vom 7. Juli 2016 (LG Halle)**

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben (Begriff des sonstigen Gegenstands, der nach seiner Art zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist).  
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**1109. BGH 4 StR 571/15 – Beschluss vom 19. Juli 2016 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**1110. BGH 4 ARs 16/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (BGH)**

Anfrageverfahren; Strafrahmenverschiebung bei selbst verschuldeter Trunkenheit (erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit; schuldhaftes Sich-Berauschen; tatrichterliche Ermessensausübung, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB